DIE "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES (StGB) E 1962

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Wolfgang Milletat
Referendar in Berlin

1965

DIE "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES (StGB) E 1962

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Wolfgang Milletat

Referendar in Berlin

1965

Erstgutachter:	Professor Dr. iur. Hermann BLEI
Zweitgutachter:	Professor Dr. iur. Ernst HEINITZ

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

MEINEN ELTERN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546516_0018

LITERATURVERZEICHNIS

AICHINGER: Strafmilderung und Strafschärfung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch verglichen mit dem geltenden Recht, Diss. München 1912

ALLFELD: Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, in: Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 9, 1909

ALSBERG: Preistreibereistrafrecht, 7. Aufl., 1922

ARNDT, ADOLF: Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, 1962, S. 5

ARNDT, HERBERT: Die landesverräterische Geheimnisverletzung, ZStW 66, 41

ASCHAFFENBURG: Zur Psychologie der Sittlichkeitsverbrecher, MonKrim 2, 399

BAUMANN: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1961

BAUMANN: Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. In: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 274/275, 1963

BAUMANN: Zum Entwurf eines StGB, MDR 1963, 802

BAUMANN: Eine Auseinandersetzung zum Allgemeinen Teil eines künftigen StGB, GA 1964, 193

BECKER: Die "besonders schweren Fälle" des Strafrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, DJ 1935, 1188

BELING: Die Lehre vom Verbrechen, 1906

BELING: Der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, GerS 91, 348

BINDING: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band I, 2. Aufl. 1902

BIRKMEYER: Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf verglichen mit dem österreichischen, GerS 77, 353

BLEI:	Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung im Strafgesetzentwurf 1962, FamRZ 1962, 403
BOCKELMANN:	Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, Band III S. 23
BOCKELMANN:	Der Strafgesetzentwurf 1960 und seine Kritiker, in: Juristen-Jahrbuch 1960, Band I S. 90
BÖHLE-STAMSCHRÄDER:	Gedanken zur Neuordnung des Konkursstrafrechts, in: "Wirtschaftsdelikte", herausgegeben vom Bundeskriminalamt, 1957, S. 249
BRAUN:	Die Jagd- und Forstdelikte im Bereich des Amtsgerichts Eisenach, 1938
BRUNS:	Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 1956, 241
BUSCH:	Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßregeln, Sonderheft der ZStW zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957, S. 101
CLASS:	Generalklauseln im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 122
DAHM:	Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 78, 1931
DAHM:	Anm. zu RG in ZAkDR 1941, 351
DAHS:	Das kommende Strafgesetzbuch, NJW 1958, 1162
DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER:	Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl., 1955
DEHNEL:	Kreditwucher nach geltendem Deutschen und Schweizerischem Strafrecht, Diss. Erlangen 1933
GRAF ZU DOHNA:	Das richterliche Ermessen nach dem Strafgesetzentwurf 1925, in: Mitteilungen der IKV, N.F. Band II S. 19
DREHER:	Über die gerechte Strafe, 1947

DREHER:	Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe, GA 1953, 129
DROST:	Das Ermessen des Strafrichters, 1930
DROST:	Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255
ENGISCH:	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
ENGISCH:	Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 127
ENGISCH:	Subjektive Tatbestands- und Unrechtselemente, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 165
ENGISCH:	Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutsches Juristentages 1860 - 1960, Band I, S. 401
ENGISCH:	Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66, 339
ENGISCH:	Die neuere Rechtsprechung zur Trichotomie der Straftaten, SJZ 1948, 660
ENGISCH:	Anm. zu BGH in JZ 1954, 45
ENGISCH:	Anm. zu OLG Frankfurt in SJZ 1946, 232
ENGLER:	Die Forst- und Jagddelikte der Amtsgerichtsbezirke Thal (Thür.) und Waltershausen in den Jahren 1905 - 1936, Diss. Jena 1938
EXNER:	Kriminologie, 3. Aufl. der "Kriminalbiologie" 1949
EXNER:	Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, Kriminalistische Abhandlungen Heft XVI, 1931
EXNER:	Gerechtigkeit und Richteramt, 1922
FEISENBERGER:	Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und besonders schweren Fällen, ZStW 31, 948

FINGER:	Die richterliche Strafzumessung, Gutachten für den 29. Deutschen Juristentag 1908, Band II S. 37
FINGER:	Der Entwurf eines Strafgesetzbuches, GerS 92, 74
FRANK:	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931
FREUDENTHAL:	Anm. zu RG in JW 1922, 225
FREY:	Die Rolle der Kriminologie als "Führerin und Ratgeberin" der Strafrechtsreform, in: Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform, 1957, S. 11
GALLAS:	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1
GERLAND:	Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, 1921
GERLAND:	"Strafänderung" und "Strafzumessung", im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band V S. 733 und 796, 1928
GIPKENS:	Unzucht mit Kindern, in "Sittlichkeitsdelikte", herausgegeben vom Bundeskriminalamt, 1959, S. 143
GRAF GLEISPACH:	Strafbemessung, in: Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 186
GRAF GLEISPACH:	Randbemerkungen zum Strafgesetzentwurf, ÖstZfStR 1910, 330
GRASSBERGER:	Die Strafzumessung, 1932
GRÜNHUT:	Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf, ZStW 71, 521
GUTZKE:	Die Behandlung "besonders schwerer Fälle", insbesondere bei Übertretungen, NJW 1956, 580
HÄFFLE:	Freiheit und Gebundenheit des Strafrichters im früheren und im nationalsozialistischen Recht, Diss. Tübingen 1940
HAMANN:	Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963

HARDWIG:	Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68, 14
HEDEMANN:	Die Flucht in die Generalklauseln, 1933
HEINDL:	Der Berufsverbrecher, 6. Aufl. 1928
HEINITZ:	Der Strafzweck bei der richterlichen Strafzumessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 22, 259
HEINITZ:	Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63, 57
HEINITZ:	Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70, 1
HEGLER:	Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 19
HELLWIG:	Die Reform der Strafzumessung, DStR 1936, 418
HELLWIG:	Zur Frage der Ungleichheit der Strafzumessung, MonKrim 28, 184
HENKEL:	Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934
HENNIG:	Das Delikt der Aussetzung nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch, Diss. Tübingen 1899
HINRICHS:	Bankrotthandlungen aus der Sicht des Konkurs- und Vergleichsverwalters, in "Wirtschaftsdelikte", herausgegeben vom Bundeskriminalamt 1957, S. 33
HOEGEL:	Straffälligkeit und Strafzumessung, 1897
HOEGEL:	Die gesetzliche Regelung der Strafzumessung, GerS 71, 378
HOEGEL:	Die allgemeinen Grundsätze des deutschen Strafgesetzvorentwurfs, in: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 75, 265
HÖPFNER:	Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Zugleich ein Beitrag zu den Bestimmungen über besonders leichte und besonders schwere Fälle. 1910

HÖPLER:	Über Kindesmißhandlung, Archiv für Kriminologie 69, 223
HOLLAND:	Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung in den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Diss. Göttingen 1926
HOLZAPFEL:	Erscheinungsformen und Strafzumessung bei der Unterschlagung, Diss. Freiburg 1948
HORN:	Die Entwicklung der Strafzumessungsbestimmungen in den Entwürfen eines Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, Diss. Gießen 1932
HOß:	Erscheinungsformen und Strafzumessung bei den Delikten der §§ 176, 180, 181, und 183 StGB, Diss. Freiburg 1950
JESCHECK:	Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 198/199, 1957
JESCHECK:	Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962), ZStW 75, 1
KAHL:	Die Reform der Strafzumessung, DJZ 1906, 895
KAHL:	Der Deutsche Strafgesetzentwurf von 1919, ZStW 42, 205
KALSBACH:	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des richterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Referat zum 41. Deutschen Juristentag 1955, Band II S. D 3
KANTOROWICZ:	Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft MonKrim 7, 257
KANTOROWICZ:	Die Freiheit des Richters bei der Strafzumessung, DJZ 1908, 962
KÖHLER, AUGUST:	Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1910

KÖHLER, AUGUST:	Strafrechtliche Bestimmungen grundlegender Art in neueren Entwürfen und Gesetzen, 1929
KOHLRAUSCH:	Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, in: Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1936, S. 474
KOHLRAUSCH-LANGE:	Strafgesetzbuch, 38. Aufl., 1944 und 43. Aufl., 1961
KRILLE:	Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßregeln, Sonderheft der ZStW zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957, S. 121
KRUMME:	Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe oder sonstiger Unrechtsfolgen? DRiZ 1955, 208
KULAWY:	Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Köln 1938
LACKNER:	Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung. Ein kritischer Beitrag zum Gegenentwurf Baumann. JZ 1963, 617
LAMMASCH:	Criminalpolitische Studien, GerS 44, 147
LANG-HINRICHSEN:	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag 1960, Band I 3 Teil B
LANGE, RICHARD:	Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, 1952
LANGE, RICHARD:	Probleme des § 1 StGB, MDR 1948, 310
LANGE, RICHARD:	Grundfragen der Bereinigung des Strafgesetzbuches unter Berücksichtigung der Strafzwecke, der Strafzumessungsnormen und der Tatbestandstechnik, Referat zum 39. Deutschen Juristentag 1952, Teil C S. C 3
LANGE, RICHARD:	Die Systematik der Strafdrohungen, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band I 1957, S. 69

LANGE, RICHARD:	Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZfStR 1955, 373
LANGE, RICHARD:	Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit, in: Probleme der Strafrechtsreform, Schriftenreihe der Friedrich Naumann-Stiftung zur Politik und Zeitgeschichte, Heft 5, 1963, S. 75
LEFERENZ:	Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in kriminologischer Sicht, ZStW 70, 25
LEIPZIGER KOMMENTAR	zum Strafgesetzbuch: Band I 4. Aufl. 1929; 8. Aufl. herausgegeben von Jagusch und Mezger: Band I 1957, Band II 1958
V. LISZT:	Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band I und II, 1905
V. LISZT:	Strafzumessung, in: Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Band I 1910, S. 373
LOBE:	Wie sind besonders schwere und besonders leichte Fälle im Sinne des Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs in der künftigen Strafprozeßreform zu behandeln? Gutachten zum 32. Deutschen Juristentag 1914, Band I S. 132
LÖWE-ROSENBERG:	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Band I, 21. Aufl., 1963
MAIHOFER:	Der Unrechtsvorwurf, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 141
MANNHEIM:	Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925
MANNHEIM:	Über Gleichmäßigkeit und Systematik in der richterlichen Strafzumessung, ZStW 42, 40
MAUNZ-DÜRIG:	Grundgesetz, 1964
MAURACH:	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1958, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1964
MAURACH:	Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abweichungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band I 1954, S. 249

MAURACH:	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag 1960, Band I 3 Teil A
MAURACH:	Anm. zu OLG Koblenz in JZ 1953, 279 (280)
MAYER, HELLMUTH:	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
MAYER, HELLMUTH:	Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962
MAYER, HELLMUTH:	Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band I 1954, S. 259
MAYER, MAX ERNST:	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915
MAYER, MAX ERNST:	Empfiehlt es sich, in das künftige deutsche StGB Vorschriften über die Strafzumessung aufzunehmen? Referat für den 29. Deutschen Juristentag 1908, Band V S. 530
MEDEM:	Das Problem der Strafzumessung, GerS 40, 161
MERKEL:	Anm. zu RG JW 1923, 1029
MEZGER:	Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949
MEZGER:	Strafzumessung im Entwurf, ZStW 51, 855
MEZGER:	Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919, MonKrim 13, 47
MEZGER:	Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89, 207
MEZGER:	Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger, 1926, S. 187
MEZGER:	Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 2
MEZGER:	Strafzweck und Strafzumessungsregeln, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band I 1954, S. 1
MEZGER-BLEI:	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1963; Besonderer Teil, 8. Aufl. 1964

MITTERMAIER:	Die Grundsätze des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch über die Bestimmung der Strafe im Einzelfall, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, 169
MITTERMAIER:	Wie sind besonders schwere und besonders leichte Fälle (im Sinne des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch) in der künftigen Strafprozeßordnung zu behandeln? Gutachten für den 32. Deutschen Juristentag 1914, Band I S. 246
MONTESQUIEU:	De l'Esprit des Lois, Paris, Edition Garnier Frères, 1949
NAGLER:	Die Strafzumessung nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, GerS 94, 83
NASS:	Unzucht mit Kindern, MonKrim 37, 69
NESTLER:	Das Verhältnis von gesetzlichem und richterlichem Strafmaß, Diss. Leipzig 1931
NIX:	Die Mißhandlung Abhängiger, Diss. Bonn 1958
NOLL:	Zum gegenwärtigen Stand der deutschen Strafrechtswissenschaft, SchwZfStR 1962, 377
OLSHAUSEN:	Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der Deutschen Strafrechtskommission, 1913
PETERS:	Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, 1932
PETERS:	Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 276/277, 1963
PETERS:	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band I 2 S. 1
PETERS:	Probleme der deutschen Strafrechtsreform, SchwZfStR 1961, 162

PETERS-LANG-HINRICHSEN: Grundfragen der Strafrechtsreform, 1960

PRESTEL: Die wichtigsten Probleme des Delikts der Aussetzung nach dem geltenden Rechte und nach den Entwürfen eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, Diss. Erlangen 1930

RADBRUCH: Sicherungstheorie und Rechtssicherheit, DJZ 1925, 1286

REICHARDT: Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919, Blätter für Gefängniskunde 44, 5

RIESE: Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1956, 10

ROSENFELD: Die richterliche Strafzumessung, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Band III, 1908, S. 93

ROSENFELD: Strafensysteme und Strafzumessung im österreichischen und deutschen Vorentwurf, ÖstZfStR 1910, 309

RUPPEL: Die richterliche Strafzumessung nach den Strafgesetzentwürfen 1925 und 1927, Diss. Bonn 1929

SARSTEDT: Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., 1962

SARSTEDT: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band II S. D 29

SARSTEDT: Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßregeln, Sonderheft der ZStW zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957, S. 133

SAUER: Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage der "Grundlagen des Strafrechts", 1955

SAUER: Kriminologie, 1950

SAUER: Strefbemessung und Persönlichkeit, ZStW 50, 679

SAUER:	Die Behandlung der gesetzlichen Schärfung- und Milderungsgründe, GA 1955, 232
SAX:	Grundzüge der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Band III 2 S. 909
SAX:	Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, ZStW 69, 412
SCHÄFER:	Strafzumessung, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1935
SCHÄFER-V. DOHNANYI:	Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935. Nachtrag zur 18. Auflage von Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1936
SCHLEYER:	Studien über das Delikt der gewalttätigen Kindesmißhandlung, MonKrim 41, 65
SCHMIDHÄUSER:	Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
SCHMIDT, EBERHARD:	Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, 1952
SCHMIDT, EBERHARD:	Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69, 359
SCHMIDT, EBERHARD:	Ein Gegenentwurf zum Entwurf eines StGB - Kritische Erörterung, MDR 1963, 629
SCHMIDT, LOTHAR:	Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung. Zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform. 1961
SCHMIDT, RICHARD:	Gesetzmäßige und regelfreie Strafrechtspflege, DJZ 1925, 1291
SCHMITT, R.:	Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen - BGH 12, 306, JuS 1961, 25
SCHNEIDEWIN:	Die Wirkungen der Strafrechtsreform auf den Strafprozeß, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I S. 439
SCHÖNKE-SCHRÖDER:	Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1963

SCHRÖDER:	Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953
SCHRÖDER:	Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 415
SCHRÖDER:	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Band I 2 S. 57
SCHRÖDER:	Der Aufbau der Tötungsdelikte, SJZ 1950, 560
SCHWALM:	Der Stand der Strafrechtsreform, MDR 1959, 797
SCHWALM:	Der Stand der Strafrechtsreform (III), MDR 1959, 965
SCHWALM:	Die kriminalpolitische Bedeutung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (E 1962, Bundestagsvorlage), GA 1964, 257
SCHWARZ-DREHER:	Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 1964
SCHWARZ-KLEINKNECHT:	Strafprozeßordnung, 24. Aufl., 1963
SPENDEL:	Zur Lehre vom Strafmaß, 1954
SPENDEL:	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, NJW 1960, 1700
STEIN:	Gesetzesvorschriften über die Strafzumessung, insbesondere die Strafrahmen, im künftigen Deutschen Strafrecht, Diss. Greifswald 1935
STENGLEIN:	Sammlung deutscher Strafgesetzbücher, Bd. I bis III, 1858
STÖßNER:	Die Strafzumessung nach dem Strafgesetzentwurf 1927, Diss. Leipzig 1932
STREE:	Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960
TODT:	Zur Lehre von der Strafzumessung, Diss. Berlin 1912

USINGER:	Der Tatbestand der Aussetzung, Diss. Marburg 1921
WACH:	Die Reform der Freiheitsstrafe, 1890
WACH:	Legislative Technik, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band VI, 1908, S. 1
WACH:	Die Technik des Vorentwurfs, in: Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Band I, 1910, S. 1
WACH:	Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, DJZ 1910, 108
WACHENFELD:	Der Allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, GA 69, 353
WARDA:	Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962
WARDA:	Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums. Zugleich einige verfassungsrechtliche Bemerkungen zum richterlichen Ermessen als Gesetzgebungsproblem, ZStW 71, 252
V. WEBER:	Die richterliche Strafzumessung, 1956
V. WEBER:	Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948
WEGNER, ALBERT:	Die Sittlichkeitsdelikte an Kindern und Jugendlichen in der Nachkriegszeit, 1951
WELZEL:	Das deutsche Strafrecht, 2. Aufl. 1949 und 8. Aufl. 1963
WETTERICH:	Die Strafzumessung in der Rechtsprechung, Diss. Freiburg 1948
WILD:	Die körperliche Mißhandlung von Kindern durch Personen, welchen die Fürsorgepflicht für dieselben obliegt, 1907
WÜRTENBERGER:	Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl., 1959

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung, 1909

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt, 1911

Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1913

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Denkschrift, 1919

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, 1922 (Entwurf Radbruch)

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1927

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1930

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1936

Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1960

Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1962

Erklärung der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft in DJZ 1925, 1302

Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil 1935

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission

Niederschriften über die Arbeitstagungen der Unterkommissionen der Großen Strafrechtskommission

Protokolle des Strafrechtsausschusses des Deutschen Reichstages 1928 - 1929 und 1930 - 1932

Statistik der Bundesrepublik Deutschland: 1954 bis 1958 :"Abgeurteilte und Verurteilte", Bd. 158, 172, 210, 229 und 251; 1959 bis 1962 "Bevölkerung und Kultur" Reihe 9 "Rechtspflege"

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu den "Grundfragen der Strafrechtsreform", DRiZ 1954, 157

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages 1892/93

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

ERSTER ABSCHNITT:

VORBEMERKUNGEN 1

I. Der Begriff der "besonders schweren Fälle" und die Umgrenzung des Themenkreises 2

II. Die geschichtliche Entwicklung der "besonders schweren Fälle" 4

A. Die Vorschriften über die Strafschärfung bis zum Strafgesetzbuch von 1871 4

B. "Besonders schwere Fälle" im Strafgesetzbuch 6

1. Das Strafgesetzbuch bei seiner Einführung 6
2. Die Aufnahme "besonders schwerer Fälle" in späterer Zeit 7

C. "Besonders schwere Fälle" in strafrechtlichen Nebengesetzen 11

D. "Besonders schwere Fälle" in früheren Strafgesetzentwürfen 12

E. Ergebnis des bisherigen Überblicks 20

III. Die Auslegung der "besonders schweren Fälle nach geltendem Strafrecht 22

IV. Die verschiedenen Möglichkeiten der Regelung erschwerter Fälle 23

A. Aufstellung weiter Strafrahmen 23

B. Kasuistische Regelung durch Qualifikationstatbestände 24

C. Regelung durch "besonders schwere Fälle" 26

D. Qualifikationstatbestände neben "besonders schweren Fällen" 28

ZWEITER ABSCHNITT:

DAS ERSCHEINUNGSBILD DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF 1962 29

I. Die Art der gesetzlichen Regelung "besonders schwerer Fälle" 29

A. Das Verhältnis des § 62 Entwurf 1962 gegenüber den einzelnen Regelbeispielen 31

B. Die einzelnen Merkmale der Regelbeispiele 32

C. Die Festlegung der Strafrahmen bei "besonders schweren Fällen" 35

II. Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" 37

A. Herkömmliche Auffassung der "besonders schweren Fälle" als Strafbemessungsregeln 37

B. Die "besonders schweren Fälle" als Tatbestandsmerkmale 39

C. Die vermittelnde Ansicht Langes und der Amtlichen Begründung 41

D. Zusammenfassende Stellungnahme 43

DRITTER ABSCHNITT:

KRITISCHE WÜRDIGUNG DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF 1962 46

I. Stellungnahme und Hinweis auf grundsätzliche Bedenken zur Konzeption des Entwurfs 46

A. Ausdehnung des richterlichen Ermessens 47

1. Das Verhältnis zwischen Richter und Gesetzgeber bei der Strafbemessung 47
2. Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit 48
3. "Besonders schwere Fälle" und Art. 103 Abs. 2 GG 52

a) Der Bereich des Art. 103 Abs. 2 GG 53
b) Besonderheiten beim Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe 56

4. Zusammenfassung 59

B. Erweiterung des Umfangs der Revision 60

1. Revisibilität von Ermessensentscheidungen des Strafrichters 61
2. Änderung durch die "besonders schweren Fälle" 61

II. Systematische Unzulänglichkeiten bei der Regelung "besonders schwerer Fälle" im Verhältnis zu einzelnen Qualifikationstatbeständen und Strafmilderungen 63

A. Gleichzeitige Verwendung bestimmter Merkmale zur Bildung "besonders schwerer Fälle" und qualifizierter Tatbestände 63

1. Die berufsmäßige Begehung 63
2. Die bandenmäßige Begehung 66
3. Die gewerbsmäßige Begehung 67
4. Der Mißbrauch der Amtsstellung 70
5. Die Herbeiführung der Todesgefahr 72
6. Die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit 74
7. Die Verursachung des Todes 74
8. Die Verursachung einer schweren Körper- oder Gesundheitsbeschädigung 75
9. Sonstige Merkmale 76

B. "Minder schwere Fälle" und die Möglichkeit des Absehens von Strafe bei "besonders schweren Fällen" 78

C. Die Gefahr der Aufweichung der Strafdrohungen 80

III. Willkürlichkeit bei der Festlegung von Regelbeispielen 81

A. Die Unmöglichkeit, typische Regelfälle zu finden 82

B. Rein quantitative Steigerung von Unrecht und Schuld 85

IV. Das Verhältnis der Regelbeispiele gegenüber § 62 Entwurf 1962 86

A. Die Begriffe "Unrecht" und "Schuld" 86

B. Das Fehlen einer kumulativen Erhöhung von Unrecht und Schuld bei einzelnen Regelbeispielen 90

1. Bloße Steigerung der Schuld bei unrechtsneutralem Verhalten 91
2. Bloße Steigerung des Unrechts bei schuldneutralem Verhalten 98
3. Zusammenfassung 99

C. Die Verursachung einer schweren Folge der Tat als "besonders schwerer Fall" 99

1. Die Regelung in früheren Reformarbeiten 99
2. Die schweren Folgen der Tat und § 62 Entwurf 1962 101
3. Die schweren Folgen und die wesentliche Erhöhung der Schuld 103

D. Oberflächliche Ausgestaltung einzelner Regelbeispiele im Verhältnis zu § 62 Entwurf 1962 104

V. Dogmatische Bedenken bei der Regelung einzelner "besonders schwerer Fälle" im Besonderen Teil 105

A. Der Versuch eines "besonders schweren Falles", bei dem die Merkmale des Regelbeispiels vor der Tatbestandsverwirklichung liegen 105

1. Der Versuch des Einbruchs- oder Einsteigediebstahls 105
2. Der Versuch der Veruntreuung durch Täuschung 111
3. Die Unzucht mit Kindern durch Nötigung mit Gewalt oder Drohung 112

B. Die "besonders schweren Fälle" bei Versicherungsmißbrauch und Betrug 112

C. Fehlende Wertgruppenbildung bei einigen Regelbeispielen 116

1. Die erhebliche Beeinträchtigung in den seelischen Kräften als "besonders schwerer Fall" des § 154 Entwurf 1962 117

2. Die Herbeiführung der Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland als "besonders schwerer Fall" der §§ 383, 389 und 384 Entwurf 118
3. Die Zufügung eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland als "besonders schwerer Fall" des § 413 Entwurf 1962 119

D. Identität der Merkmale von "besonders schwerem Fall" und Grundtatbestand 119

E. Zusammenfassung 120

VI. Kriminologisch fehlerhafte Ausgestaltung einzelner Regelbeispiele 120

A. "Besonders schwere Fälle" als Regelfälle des Grundtatbestandes 121

1. Aussetzung, § 139 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 121
2. Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger, § 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und 2 Entwurf 1962 123
3. Schwere Nötigung zur Unzucht, § 206 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962 125
4. Unzucht mit Kindern, § 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 Entwurf 1962 127
5. Unterschlagung, § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 127
6. Schwerer Wucher, § 266 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 128
7. Schwerer Bankrott, § 272 Satz 2 Nr. 1 1. Alternative Entwurf 1962 129
8. Schwere Jagdwilderei, § 277 Satz 2 Nr. 6 Entwurf 1962 130
9. Mißbrauch ionisierender Strahlen, § 324 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 338 Abs. 1 Nr. 2 Entwurf 1962 131
10. Schwere Meuterei, § 424 Satz 2 Nr. 3 131
11. Bruch des Steuergeheimnisses, § 473 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 474 Abs. 2, 2. Alternative Entwurf 1962 133

B. Die Notwendigkeit einer Neuregelung derartiger Fälle 134

VII. Konsequenzen der bisher erhobenen Bedenken und abschließende Würdigung 135

ERSTER ABSCHNITT

VORBEMERKUNGEN

Geschichte und Bedeutung der "besonders schweren Fälle" sind auf das engste verknüpft mit dem uralten Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen Gesetzesbefehl und Richtermacht. Diese allgemeinen Grundsätze, die zusammengehören und einander dennoch in ihren Folgerungen widerstreben, ziehen sich wie ein roter Faden durch die "Leidensgeschichte" [1] der "besonders schweren Fälle". Sämtliche Strafgesetzentwürfe - einschließlich des Entwurfs 1962 - haben den Vorschriften über die Strafbemessung und, davon umfaßt, den "besonders schweren Fällen" erhebliches Gewicht zukommen lassen. Es gehörte zu den grundsätzlichen Problemen aller Reformbestrebungen, inwieweit der Strafrichter durch die Art der Festlegung der Tatbestände und der Vorschriften über die Rechtsfolgen zu binden oder freier zu stellen sei. Die Frage nach den Grenzen dieser Wahlfreiheit ist zugleich die Frage nach der Richtermacht selbst [2].

Freiheit oder Bindung des Richters bei der Strafbemessung hängen in besonderem Maße auch von der Struktur der Staatsmacht ab. Der Willkür des Polizeistaates entsprach die Weite der Richtermacht, das Zeitalter der Aufklärung schränkte die Befugnisse des Richters durch strenge tatbestandliche Bindung ein [3]. Auch das Strafgesetzbuch von 1871 verkörperte noch das Gedankengut der Aufklärung [4] und gab dem richterlichen Ermessen nicht allzuweiten Spielraum. Das änderte sich erst im Laufe der nächsten Jahrzehnte, um während der Jahre 1933 bis 1945 einen einsamen Höhepunkt richterlicher Willkür anzusteuern [5]. Das am Grundgesetz orientierte rechtsstaatliche Denken unserer Zeit bemüht sich demgegenüber, das richterliche Ermessen durch bestimmte, später näher zu erläuternde Vorwertungen in Gerechtigkeit und Rechtssicherheit entsprechende Bahnen zu lenken.

Es ist bezeichnend für diesen "Herd konstruktiver Schwierigkeiten" [6], daß sich die Große Strafrechtskommission mit den "besonders schweren Fällen" ausführlich beschäftigt hat; die lebhaften Erörterungen zu diesem Thema

---

1) R. LANGE, Niederschriften Bd. I S. 119.
2) DROST, NJW 1955, 1255.
3) GERLAND im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. V S. 796 (800); KALSBACH, Referat zum 41. Juristentag Bd. II S. D 3.
4) DROST, Ermessen S. 80; HÄFELE, Freiheit und Gebundenheit des Strafrichters S. 18; HENKEL, Strafrichter und Gesetz S. 11; MEZGER-BLEI, AT S. 11.
5) v. WEBER, Strafzumessung S. 3.
6) KOHLRAUSCH-LANGE § 1 Anm. V.

erstrecken sich von 1954 bis 1959, vom ersten bis zum zwölften Band der Niederschriften über die Sitzungen der Kommission. Bevor jedoch auf die Regelung der "besonders schweren Fälle" in § 62 und den zahlreichen Vorschriften im Besonderen Teil des Entwurfs 1962 mit den dabei auftauchenden, soeben nur angedeuteten Streitfragen und auf weitere kritische Punkte bei der Ausgestaltung einzelner "besonders schwerer Fälle" das Augenmerk gerichtet wird, sind begriffliche Klärung und rückblickende Betrachtung der "besonders schweren Fälle" angebracht.

I. DER BEGRIFF DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" UND DIE UMGRENZUNG DES THEMENKREISES

Die bloße terminologische Klärung des Begriffs der "besonders schweren Fälle" bereitet keine Schwierigkeiten. Unter "besonders schweren Fällen" sind die im Gesetz als solche bezeichneten erschwerten Formen eines Tatbestandes zu verstehen. Im Sinne der herrschenden Begriffsbildung ist zwischen benannten und unbenannten "besonders schweren Fällen" zu unterscheiden. Als benannte "besonders schwere Fälle" sind diejenigen Erschwerungen anzusehen, in denen der Gesetzgeber die Merkmale eines "besonders schweren Falles" beispielhaft aufzählt, wie es z. B. in § 292 Abs. 2 StGB geschehen ist. Unbenannte "besonders schwere Fälle" liegen dagegen vor, wenn sich das Gesetz darauf beschränkt, die Möglichkeit der strengeren Bestrafung in "besonders schweren Fällen" vorzusehen, es aber an jeglichem Anhaltspunkt dafür fehlen läßt, welcher Art ein Fall sein muß, um als "besonders schwer" zu gelten. Ein Beispiel für diese Gruppe ist § 212 Abs. 2 StGB [7].

Die "besonders schweren Fälle" gehören zu den Strafschärfungsgründen [8], die wiederum eine Unterart der Strafänderungsgründe darstellen [9]. Die Strafschärfungsgründe gliedern sich in benannte (z. B. Qualifizierungen) und unbenannte (z. B. die "besonders schweren Fälle", auch wenn diese selbst benannt sind) [10]. Von den Straf-

---

7) Diese Unterscheidung wird einhellig vertreten, vgl. KOHLRAUSCH-LANGE § 1 Anm. V 1, 2.

8) So die herrschende Ansicht, vgl. BGH 11, 233 (234); BAUMANN, AT S. 564; MAURACH, AT S. 656; MEZGER-BLEI, AT S. 284; PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 36; RUPPEL, Strafzumessung S. 40; WETTERICH, Strafzumessung S. 80.

9) AICHINGER, Strafmilderung und Strafschärfung S. 2; FRANK § 2 Anm. II 2; GERLAND im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. V S. 796 (798); RUPPEL S. 18; ROSENFELD, VDA Bd. III S. 111; SPENDEL, Lehre vom Strafmaß S. 229.

10) MAURACH, AT S. 656; MEZGER-BLEI, AT S. 284; anders JAGUSCH (LK), Anm. B II 3 vor § 13, der bei den Strafschärfungsgründen nicht differenziert und ihnen generell tatbestandsändernde Kraft zubilligt; er zählt allerdings die "besonders schweren Fälle" nicht zu den Strafschärfungsgründen.

schärfungsgründen und den ihnen entsprechenden Strafmilderungsgründen sind die Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe zu unterscheiden, welche die Bestimmung der Strafgröße innerhalb des normalen Strafrahmens betreffen und als Strafzumessungsgründe bezeichnet werden [11]. Strafänderungs- und Strafzumessungsgründe werden dem gemeinsamen Oberbegriff der Strafbemessung untergeordnet [12].

Diese Terminologie kann heute als herrschend bezeichnet werden, wenn sie auch nicht immer in dieser Deutlichkeit verwendet wird. So rechnet auch der Bundesgerichtshof die "besonders schweren Fälle" zur Strafzumessung [13]. Ein sachlicher Unterschied sollte damit aber nicht verbunden werden. Das hier dargestellte Ordnungsschema entspricht auch der Ausdrucksweise des Entwurfs 1962, der den §§ 60 bis 66 die Überschrift "Strafbemessung" voranstellt und nur in Zusammenhang mit § 60 den Begriff der "Strafzumessung" verwendet [14]. Auch die Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 spricht bei den "besonders schweren Fällen" von "Strafbemessung" [15]. In der hier geschilderten Bedeutung sollen die Begriffe auch im folgenden verstanden werden.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung der "besonders schweren Fälle". Allgemeine Gesichtspunkte der Strafbemessung und die bis heute umstrittene Frage, ob es sinnvoll ist, im Gesetz Richtlinien für die Strafzumessung aufzustellen (etwa in Gestalt des § 60 Entwurf 1962) [16], werden nur behandelt,

---

11) AICHINGER S. 2; GERLAND aaO.; RUPPEL S. 14; SPENDEL aaO.;
Wenn auch insoweit teilweise eine andere Begriffsbildung verwendet wird, vgl. z. B. MEZGER-BLEI, AT S. 279 (Gleichstellung von Strafschärfung und Straferhöhung), so ergeben sich daraus jedoch keine inhaltlichen Unterschiede.

12) SPENDEL, Lehre vom Strafmaß S. 229; SCHWALM MDR 1959, 965 (966).

13) BGH in NJW 1953, 1480 (1481); ebenso R. LANGE, Materialien Bd. I S. 82; MAURACH, AT S. 656 ff.; SCHRÖDER, Gutachten zum 41. Juristentag Bd. I S. 91.

14) Vgl. auch SCHWALM MDR 1959, 965 (966).

15) S. 184, linke Spalte, letzter Absatz.

16) Gegen derartige Richtlinien haben sich beispielsweise ausgesprochen:
HEINITZ, ZStW 70, 1 (23); KRUMME, DRiZ 1955, 208 (209); LEFERENZ, ZStW 70, 25 (38); M.E. MAYER, Referat zum 29. Juristentag Bd. V S. 530; PETERS, Gutachten zum 41. Juristentag Bd. I S. 34; ROSENFELD, VDA Bd. III S. 151; SARSTEDT, Referat zum 41. Juristentag Bd. II S. D 53; STEIN, Gesetzesvorschriften über die Strafzumessung S. 31.
Für die Aufstellung solcher Richtlinien haben sich dagegen eingesetzt:
BRUNS, NJW 1956, 241 (246); DROST, NJW 1955, 1255 (1257); FINGER, Gutachten zum 29. Juristentag Bd. II S. 94; KAHL, DJZ 1906, 895 (898); KALSBACH, Referat S. D. 15; LANG-HINRICHSEN, Gutachten zum 43. Juristentag

wenn die Regelung der "besonders schweren Fälle" unmittelbar selbst davon berührt wird.

II. DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE"

A. DIE VORSCHRIFTEN ÜBER DIE STRAFSCHÄRFUNG BIS ZUM STRAFGESETZBUCH VON 1871

Bis etwa zur Mitte des 18. Jahrhunderts war das Bild der deutschen Strafrechtspflege durch weitgehende Ermessensfreiheit des Richters bestimmt [17]. Es entsprach durchaus allgemeiner Überzeugung, daß der Richter nicht gezwungen war, die gesetzlichen Strafrahmen im Einzelfall zu beachten. Grundlage dafür war einmal die gemeinrechtliche Lehre von der "poena extraordinaria", zum anderen die Auffassung, daß das Naturrecht dem gesetzten Recht vorgehe [18]. Erst das Zeitalter der Aufklärung brachte auch für die Strafrechtsentwicklung grundlegende Wandlungen. Die Schaffung möglichst eindeutig gefaßter Tatbestände und die Forderung, Art und Maß der Strafe in engen Grenzen zu bestimmen, gaben dieser Zeit das Gepräge. Bestärkt durch Ideen und Erfolge der Französischen Revolution sollte ein Gesetz geschaffen werden, das nur bestimmte Strafdrohungen kannte [19]. Im Überschwang der Gefühle glaubte man an die Möglichkeit einer lückenlosen Kodifikation des Rechts [20]. Dem Individualismus der Aufklärung war nichts verdächtiger als richterliche Willkür. Im Richter wollte man deshalb auch nicht mehr sehen als "la bouche qui prononce les paroles de la loi" [21]. Die einzige Aufgabe des Richters sollte es sein, beim Schuldspruch der Geschworenen die im Gesetz unabänderlich bestimmte Strafe auszusprechen [22]. Wenn sich auch diese extreme Ansicht glücklicherweise nicht durchsetzte, so haben dennoch die grundlegenden Ideen der Aufklärung das moderne Strafrecht bis in die heutige Zeit geformt [2

Fortsetzung der Fußnote 16) von Seite 3:
Bd. I 3 Teil B S. 56 und Grundfragen der Strafrechtsreform S. 89; R. LANGE, Referat zum 39. Juristentag Teil C S. 16, 22; MAURACH, Gutachten zum 43. Juristentag Bd. I 3 Teil A S. 8; MEZGER, Materialien Bd. I S. 6 (anders noch in Mon Krim 13, 47 (68)); SAUER, ZStW 50, 679 (680); SCHRÖDER, Gutachten zum 41. Juristentag Bd. I S. 87; STÖSSNER, Strafzumessung S. 8 f.; WETTERICH S. 10.

17) R. SCHMIDT, DJZ 1925, 1291 (1295).

18) DROST, Ermessen S. 109.

19) DROST, Ermessen S. 107 f.

20) DROST, Ermessen S. 83.

21) MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Livre XI, Chapitre VI.

22) EXNER, Gerechtigkeit und Richteramt S. 61.

23) DROST, Ermessen S. 80; MEZGER-BLEI, AT S. 11.

Bedingt durch diese Entwicklung war ein großer Teil der in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandenen partikulären Strafgesetzbücher bestrebt, den Richter bei der Strafbemessung nicht völlig freizustellen, sondern ihm Anhaltspunkte für die Bemessung der Strafe zu geben.

So enthält das Allgemeine Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 in den Art. 91 und 92 Grundsätze der Strafschärfung. "Besonders schwere Fälle" im heutigen Sinne finden sich nicht, vielmehr werden die für bestimmte Delikte typischen Erschwerungsgründe kasuistisch aufgezählt [24]. Diese Regelung des Bayerischen Strafgesetzbuches ist nicht verwunderlich, entsprach sie doch dem Hauptanliegen seines Schöpfers Feuerbach nach möglichst weitgehender gesetzlicher Bestimmtheit der einzelnen Tatbestände.

Bei der Betrachtung des Bayerischen Strafgesetzbuches ist aber die Verordnung vom 25. März 1816 [25] als bemerkenswert hervorzuheben. Diese königliche Verordnung enthält einen Katalog straferhöhender Umstände, die neben den Art. 91 und 92 "als besonders erschwerende bei dem Diebstahl zu betrachten sind" (Art. II der Verordnung). Darunter fällt beispielsweise der Diebstahl an staatseigenen oder gemeinnützigen Sachen, an bestimmten Tieren und Früchten und die Entwendung bei Unglücksfällen. Die besonderen Qualifikationen des Diebstahls werden von dieser Regelung jedoch nicht berührt (Art. VI der Verordnung).

In gleicher Weise ist auch das dem Bayerischen Strafgesetzbuch nachgebildete Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839 konzipiert. Neben allgemeinen Strafschärfungsgründen in den Art. 108 f. gibt Art. 328 besondere Straferhöhungsgründe speziell für den Diebstahl an, die zur Erhöhung der Strafe innerhalb des normalen Strafrahmens führen. Ebenso sind auch die Strafgesetzbücher von Hannover (1840) [26] und Thüringen (1850) [27] gefaßt. Die Strafgesetzbücher für Oldenburg (1814), Braunschweig (1840), Hessen (1841) und Baden (1845) enthalten dagegen lediglich allgemeine Anweisungen, nach denen die Strafe zu schärfen ist [28]. Das Königlich Säch-

---

24) z. B. die Art. 214 ff. für die erschwerten Fälle des Diebstahls.

25) Vgl. STENGLEIN, Bd. I zu Art. 214 ff. des Bayerischen Strafgesetzbuches.

26) Art. 92, 93 und 286 i. V. m. 298.

27) Art. 42, 44 und 217.

28) Oldenburg: Art. 98 f.; Braunschweig: Art. 64 f.; Hessen: Art. 119 f.; Baden: Art. 150 f.

sische Kriminalgesetzbuch von 1838 und das auf ihm beruhende Kriminalgesetzbuch für Sachsen-Altenburg von 1841 kennen nur eine allgemeine Bestimmung, wonach die Strafe nach der Schwere der Tat zu bemessen ist, Art. 42 f. Auch die preußischen Entwürfe bis zum Jahre 1843 hatten bestimmte Strafzumessungsgründe, die jedoch schon 1845 wieder fallengelassen wurden [29]. Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 enthielt keine derartigen Bestimmungen mehr.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß die meisten Partikularstrafgesetzbücher zwar allgemeine Vorschriften über die Schärfung und Milderung der Strafen kannten, "besonders schwere Fälle" im heutigen Sinne aber nicht enthielten. Diese Erscheinung läßt sich erklären durch die Reaktion der Aufklärung gegen den weiten Ermessensspielraum des Richters der vorausgegangenen Zeit: Klar formulierte Tatbestände in Verbindung mit gesetzlich festgelegten Strafbemessungsgründen und Verzicht auf so dehnbare Begriffe wie "(besonders) schwere Fälle" sollten dem Angeklagten ein Höchstmaß an Schutz vor richterlicher Willkür bieten.

B. "BESONDERS SCHWERE FÄLLE" IM STRAFGESETZBUCH VON 1871

1. Das Strafgesetzbuch bei seiner Einführung

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 ist - wie sein Vorbild, das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 - noch ganz in den Ideen der Aufklärung verhaftet [30]. Wie bereits oben [31] ausgeführt, war es ein Hauptanliegen der von der Aufklärung beeinflußten Strafrechtswissenschaft, deutlich und klar bestimmte Gesetze zu schaffen und wertausfüllungsbedürftige Vorschriften möglichst zu vermeiden. Auch über die Fragen der Strafbemessung machte man sich keine besonderen Gedanken. Es erschien dem Gesetzgeber überflüssig, dem Richter bestimmte Hinweise für die Bewertung der strafbaren Handlungen zu geben, da über diese Fragen Einigkeit bestand und der Strafzumessung feste Straftaxen zugrunde lagen [32]. Berücksichtigt man diese Grundhaltung, so ist es ohne weiteres zu verstehen, daß der Gesetzgeber von 1871 ohne "schwere" oder "besonders schwere Fälle" auszukommen glaubte und diese deshalb bei der Schaffung des Gesetzes vermied.

---

29) FINGER, Gutachten Bd. II S. 81 Anm. 18.

30) Vgl. oben S. 1 Anm. 4).

31) S. 6.

32) DREHER, Gerechte Strafe S. 65 f.; Eb. SCHMIDT, ZStW 69, 359 (384).

2. Die Aufnahme "besonders schwerer Fälle" in späterer Zeit

Die "besonders schweren Fälle" wurden vielmehr erst fast ein halbes Jahrhundert später in das Strafgesetzbuch aufgenommen.

a) Die erste Vorschrift, in der ein "besonders schwerer Fall" auftauchte, war § 210 a in der Fassung vom 30. April 1926. Diese Vorschrift bezog sich allerdings nur auf Nebenstrafen und sah bei "besonders schweren Fällen" der §§ 201 bis 203, 205 bis 208 und 210 StGB zwingend den Verlust der öffentlichen Ämter oder die Lösung des Dienstverhältnisses vor [33].

Wie vorsichtig man zunächst mit dieser Klausel umging, zeigt sich daran, daß der nächste "besonders schwere Fall" im Rahmen des § 49 b Abs. 2 StGB erst im Jahre 1932 eingeführt wurde [34].

Allmählich beginnt sich aber eine Steigerung der richterlichen Ermessensbefugnis abzuzeichnen, die schon vorher in den Entwürfen zur Neugestaltung des Strafgesetzbuchs, insbesondere im Entwurf 1925, ihren Niederschlag gefunden hatte [35].

b) Die eigentliche Hochflut der "besonders schweren Fälle" setzte in den Jahren nach 1933 ein.

Es begann mit dem Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 [36], das "besonders schwere Fälle" bei den §§ 223 b Abs. 2, 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 einführte. Während es sich bei § 223 b Abs. 2 um einen unbenannten "besonders schweren Fall" handelte, gaben die §§ 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 gewisse Anhaltspunkte dafür, wann ein solcher Fall anzunehmen sei. Die in beiden Vorschriften gleichlautende Definition besagte, daß ein "besonders schwerer Fall" insbesondere dann vorliege, "wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt" habe. Ein knappes Jahr später führte die Novelle vom 24. April 1934 zwei weitere Vorschriften mit unbenannten "besonders schweren Fällen" ein, und zwar die §§ 90 a Abs. 5 und 90 h Abs. 5. Die Novelle vom 28. Juni 1935 fügte dann eine weitere Anzahl teils unbenannter (§§ 141

---

33) § 210 a wurde im Jahre 1933 ohne Berücksichtigung "besonders schwerer Fälle" völlig umgestaltet (RGBl. I S. 295).

34) RGBl. I S. 548.

35) HÄFELE S. 38; R. LANGE, Der Rechtsstaat S. 70; RADBRUCH, DJZ 1925, 1286 (1287).

36) RGBl. I S. 295.

Abs. 3, 141 a Abs. 3, 315 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3) teils benannter (§§ 143 a Abs. 3, 292 Abs. 2, 293 Abs. 2) "besonders schwerer Fälle" hinzu. Während § 143 a Abs. 3 nur die Herbeiführung einer Gemeingefahr (§ 315 a Abs. 3) als Erläuterung eines "besonders schweren Falles" enthielt [37], stellten die §§ 292 Abs. 2 und 293 Abs. 2 einen ausführlichen Katalog tatbezogener Merkmale auf, die sich im wesentlichen auch im geltenden Recht bei diesen beiden Vorschriften finden [38].

In den folgenden Jahren wurden dann bei über zwanzig Vorschriften des Strafgesetzbuchs "besonders schwere" und - bei einigen wenigen Tatbeständen - "schwere Fälle" gebildet [39]. Die Mühe, Beispiele zu suchen, gab man sich nicht mehr; die "schweren" und "besonders schweren Fälle" blieben sämtlich unbenannt.

Zieht man die Bilanz für das Strafgesetzbuch, so bleiben im Jahre 1945 genau 30 Vorschriften mit "schweren" oder "besonders schweren Fällen" übrig, von denen nur 4 durch Beispiele mehr oder weniger deutlich erläutert wurden.

Bemerkenswert an dieser Entwicklung ist außerdem, daß sämtliche "besonders schweren Fälle" die Möglichkeit eröffneten, die Zuchthausstrafe zu verhängen, obwohl der Grundtatbestand in der Regel nur Gefängnis vorsah. Einige Vorschriften stellten im übrigen wahlweise die Todesstrafe neben die Zuchthausstrafe [40]. Die mit zunehmender Dauer des Nationalsozialismus zutage tretende Verschärfung der Strafen führte sogar dazu, daß bei einigen Delikten die Annahme eines "besonders schweren Falles" zwingend zur Todesstrafe führte [41]. Es bedarf keiner näheren Ausführung,

---

37) Diese Vorschrift ist allerdings durch das Gesetz vom 21. Juli 1936 (RGBl. I S. 532) geändert worden; der "besonders schwere Fall" wurde ohne Beispiel in Abs. 4 geregelt.

38) Während § 292 Abs. 2 noch mit der Fassung von 1935 übereinstimmt, enthält § 293 Abs. 2 das weitere Merkmal der Gefährdung des Fischbestandes.

39) Es handelt sich um die §§ 139, 143, 353 b, 353 c (RGBl. 1936, Teil I S. 532); 139 a (RGBl. 1940, Teil I S. 606); 302 d, 302 e, 281 (RGBl. 1941, Teil I S. 549); 92, 132 (RGBl. 1942, Teil I S. 668 und 174); 189, 218, 226 b, 240, 267, 348 (RGBl. 1943, Teil I S. 339); 90 c, 90 d, 90 f, 91, 156 a (RGBl. 1944, Teil I S. 225 und 41).
Von diesen Vorschriften enthielten die §§ 132, 156 a, 267 und 348 "schwere Fälle"; ein sachlicher Unterschied zu den "besonders schweren Fällen" besteht nicht, vgl. R. LANGE, MDR 1948, 310 (311).

40) So die §§ 143 a, 139 und 143 StGB.

41) §§ 90 f, 91 und 92 StGB. Die gleiche Folge ordneten auch § 3 Abs. 2 Satz 2 des Heimtückegesetzes von 1934 (RGBl. I S. 1269) und § 2 der Volksschädlingsverordnung von 1939 (RGBl. I S. 1679) an.

daß damit eine nicht anders als ungeheuerlich zu nennende Machtbefugnis in die Hand des Richters gegeben war, die jedem Rechtsstaatsgedanken Hohn sprach.

c) Wenn man sich die Hochkonjunktur an "besonders schweren Fällen" während des Dritten Reiches vor Augen hält, könnte man bei oberflächlicher Betrachtung zu der Annahme kommen, daß mit dem Ende des Nationalsozialismus auch das Schicksal der "besonders schweren Fälle" besiegelt gewesen wäre. Diese Vermutung wird auch zunächst teilweise durch das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 [42] bestätigt, das unter anderem die Vorschriften über Hoch- und Landesverrat und Angriffe gegen den Führer und Reichskanzler, §§ 80 bis 94 StGB, über die Verletzung der Wehrpflicht und der Wehrkraft, §§ 140 bis 143 a StGB, die §§ 189 Abs. 3 und 226 b StGB und damit auch die bei diesen Bestimmungen vorgesehenen "besonders schweren Fälle" außer Kraft setzte.

Damit existierte ein Drittel der in den Jahren davor entstandenen "besonders schweren Fälle" nicht mehr.

Wie trügerisch aber die anfängliche Annahme über die weitere Existenz dieser Fälle war, sollte sich bald zeigen. Zwar brachte das Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit von 1951 [43] in § 241 a Abs. 4 bereits einen neuen "besonders schweren Fall" hervor, dieser war aber immerhin durch Beispiele verdeutlicht, die dem Richter einen Maßstab für seine Entscheidung boten. Die Vermutung lag nahe, daß dem Gesetzgeber nun doch Bedenken gegen die unbenannten "besonders schweren Fälle" gekommen waren. Daß diese Hoffnung sich nicht erfüllte, stellte sich bereits mit dem Ersten Strafrechtsänderungsgesetz von 1951 [44] heraus, das die Vorschriften über Hochverrat, Staatsgefährdung und Landesverrat wieder einführte und bei verschiedenen Bestimmungen unbenannte "besonders schwere Fälle" vorsah [45]. Bis auf die §§ 89 und 100 d, bei denen die Zuchthausstrafe bereits im Grundtatbestand angedroht ist, ordnen alle Vorschriften bei Bejahung eines "besonders schweren Falles" den Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe an.

Hinsichtlich der Zahl der "besonders schweren Fälle" war man somit wieder auf dem Stand des Jahres 1945 angelangt. In den folgenden Jahren kamen dann noch weitere - fast nur unbenannte - "besonders schwere Fälle" hinzu.

---

42) Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 3 S. 55 ff.

43) BGBl. I S. 448.

44) BGBl. I S. 739.

45) §§ 89, 90, 90 a, 91, 92 und 100 d. Weiter wurden derartige Fälle bei den §§ 316 a Abs. 3 und 317 Abs. 3 geschaffen; in § 129 Abs. 2 wurde der neu entstandene "besonders schwere Fall" beispielhaft erläutert.

Das Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs von 1952 [46] gestaltete den § 315 neu und schuf "besonders schwere Fälle" in den §§ 315 Abs. 1 Satz 2, 315 a Abs. 3 und 316 a Abs. 1. Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 [47] brachte wiederum zahlreiche neue "besonders schwere Fälle" [48]. Außerdem wurde die beispielhafte Erläuterung der "besonders schweren Fälle" in den §§ 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 gestrichen, eine Tatsache, die wegen der Ungenauigkeit der Merkmale und ihrer verfehlten Zielrichtung ("Wohl des Volkes") keineswegs zu bedauern ist [49]. Weitere unbenannte "besonders schwere Fälle" wurden durch das Vierte Strafrechtsänderungsgesetz von 1957 [50] in Gestalt der §§ 109 b Abs. 3 und 109 e Abs. 4 geschaffen.

Das Siebente Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juni 1964 [51] führte bei § 311 StGB einen in Abs. 3 dieser Vorschrift beispielhaft erläuterten "besonders schweren Fall" ein. Bemerkenswert ist, daß die neuere Entwicklung zu den benannten, durch Regelbeispiele charakterisierten "besonders schweren Fällen" tendiert. Das zeigt auch das Vereinsgesetz vom 5. August 1964, das den unbenannten "besonders schweren Fall" des § 90 a Abs. 2 zum beispielhaft umschriebenen ("Rädelsführer oder Hintermänner") Schärfungsgrund in Abs. 3 der Vorschrift ausgeformt hat, der auch gleichzeitig für den neugeschaffenen § 90 b Abs. 1 gemäß § 90 b Abs. 3 gilt [52].

Faßt man die bisherigen Aufstellungen zusammen, so ist der Strafgesetzgeber im Jahre 1964 bei insgesamt 44 "besonders schweren Fällen" [53] angelangt, von denen nur sieben [54] durch Beispiele erläutert sind. Bis auf zwei Vorschriften (§§ 292

---

46) BGBl. I S. 832.

47) BGBl. I S. 735.

48) Und zwar in den §§ 102, 108, 114, 138, 140, 212.

49) Auch H. MAYER, Lehrbuch AT S. 361, bezeichnet die Beispiele der §§ 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 wegen ihrer mißlungenen Formulierung als praktisch wertlos.

50) BGBl. I S. 597.

51) BGBl. I S. 337.

52) Durch dieses Gesetz wurde auch § 129 geändert, so daß sich der benannte "besonders schwere Fall" nunmehr in Abs. 4 findet.

53) §§ 49 b, 89, 90, 90 a, 90 b, 91, 92, 100 d, 102, 107, 108, 109 b, 109 e, 114, 129, 138, 140, 142, 153, 212, 218 Abs. 1 und 4, 223 b, 240, 241 a, 253, 263, 266, 267, 281, 292 Abs. 2 und 3, 293, 302 d, 302 e, 311, 315, 315 a, 316 a, 316 b, 317, 348, 353 b, 353 c. Die "schweren Fälle" der §§ 153, 267 und 348 sind hierin einbegriffen.

54) §§ 90 a, 90 b, 129, 241 a, 292 Abs. 2, 293, 311.

Abs. 2 und 293) drohen sämtliche Fälle die Zuchthausstrafe an, obwohl nur bei fünf Bestimmungen diese Sanktion auch im Grundtatbestand vorgesehen ist (§§ 89, 212, 311, 315, 316 a).

Bevor die bisherige Entwicklung näher gewürdigt wird, soll zunächst noch das Auftauchen der "besonders schweren Fälle" in den strafrechtlichen Nebengesetzen und die besondere Ausprägung dieser Erscheinung in den Strafgesetzentwürfen bis zum Jahre 1936 dargestellt werden.

C. "BESONDERS SCHWERE FÄLLE" IN STRAFRECHTLICHEN NEBENGESETZEN

Bevor die "besonders schweren Fälle" in das Strafgesetzbuch Einzug fanden, kannte man sie bereits in strafrechtlichen Nebengesetzen.

Den Anfang machte Art. II §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung über Sondergerichte gegen Schleichhandel und Preistreiberei (Wuchergerichte) vom 27. November 1919 (RGBl. I S. 1909). In einer Reihe notwirtschaftlicher Verordnungen der folgenden Jahre finden sich weitere "besonders schwere Fälle", die zum Teil sogar beispielhaft erläutert werden.

Dazu gehören die §§ 1 und 2 des Gesetzes über Verschärfung der Strafen gegen Schleichhandel, Preistreiberei und verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände von 1920 (RGBl. I S. 2107) und § 12 Abs. 2 und 3 der Preistreibereiverordnung von 1923 (RGBl. I S. 700); als Anhaltspunkt für die Annahme eines "besonders schweren Falles" führen diese Bestimmungen die "Habsucht" des Täters an.

Unbenannte "besonders schwere Fälle" sahen die §§ 7 Abs. 2 und 1 Abs. 2 der Gesetze zum Schutz der Republik von 1922 (RGBl. I S. 585) und 1930 (RGBl. I S. 91) vor, desgleichen § 8 Abs. 1 der Steueramnestieverordnung von 1931 (RGBl. I S. 449) und § 36 der Verordnung über Devisenbewirtschaftung (RGBl. I S. 231).

Nachdem die "besonders schweren Fälle" in diese Gesetze eingedrungen waren, die noch den Stempel der Notzeit trugen, wurden sie nach 1933 in wichtige Vorschriften des Nebenstrafrechts übernommen, so in die §§ 294 Abs. 3 AktienG, 81 a Abs. 2 GmbHG, 146 Abs. 3 GenossenschaftsG, 34 Abs. 2 DepotG und 95 Abs. 2 BörsenG. In diesen Bestimmungen wird der "besonders schwere Fall" in der Fassung des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften von 1933 wie die gleichzeitig mit diesem Gesetz eingefügten "besonders schweren Fälle" des Betruges und der Untreue erläutert [55]. Im Gegensatz zu den §§

55) Vgl. oben S. 7.

263 Abs. 4 Satz 2 und 266 Abs. 2 Satz 2, die durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz gestrichen wurden, gelten diese Vorschriften noch heute in der Fassung von 1933. Ein sachlicher Unterschied ist dadurch nach allgemeiner Auffassung jedoch nicht entstanden [56].

Benannte "besonders schwere Fälle" sieht auch § 11 Abs. 3 des LebensmittelG von 1936 (RGBl. I S. 18) vor [57].

Diese Gesetze gehörten jedoch zu den wenigen Ausnahmen, die sich nicht auf unbenannte "besonders schwere Fälle" beschränkten.

Auch das im Jahre 1957 geschaffene Wehrstrafgesetz sieht in den §§ 19 Abs. 3 und 25 Abs. 3 lediglich unbenannte "besonders schwere Fälle" mit Zuchthausandrohung vor, obwohl sich die Väter des Gesetzes gerade hier besonders um rechtsstaatliche Maßstäbe bemühten [58].

Dieser kurze Überblick über "besonders schwere Fälle" in strafrechtlichen Nebengesetzen, der keinesfalls den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, mag für die Feststellung genügen, daß sich wesentliche Unterschiede gegenüber dem Strafgesetzbuch nicht ergeben.

D. "BESONDERS SCHWERE FÄLLE" IN FRÜHEREN STRAFGESETZENTWÜRFEN

Wesentlich interessanter und für das Verständnis des Entwurfs 1962 bedeutsamer ist es, die Ausgestaltung "besonders schwerer Fälle" in den Entwürfen zur Neufassung des Strafgesetzbuchs bis zum Jahre 1936 zu verfolgen.

1. Die bald nach dem Inkrafttreten des StGB von 1871 einsetzenden Reformbestrebungen führten im Jahre 1909 zu dem "Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch", der sich im Gegensatz zum geltenden StGB bemühte, dem Richter Anhaltspunkte für die Strafbemessung in den §§ 81 ff. zu geben. Darin wurde eine gesonderte Bestimmung für "besonders schwere Fälle" in § 84 getroffen.

Nach Abs. 1 dieser Bestimmung durfte ein "besonders schwerer Fall" nur bei den im Gesetz ausdrücklich genannten Bestimmungen angenommen werden; gemäß Abs. 2 lag ein "besonders schwerer Fall" vor, "wenn die rechtswidrigen Folgen

---

56) DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 81 a GmbHG Anm. 4.

57) "Hat der Täter wissentlich oder gewissenlos aus grobem Eigennutz gehandelt oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor, ..."

58) Vgl. SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. V S. 15.

der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint".

Der Vorentwurf sah "besonders schweren Fälle" bei 33 Tatbeständen vor [59]; die Fälle waren sämtlich unbenannt. Daneben wurden qualifizierte Tatbestände beibehalten, obwohl einige Qualifikationen ersetzt wurden. Die Tatbestände, bei denen "besonders schwere Fälle" vorgesehen wurden, waren unterschiedlicher Natur. Zahlenmäßig am stärksten vertreten waren die Vermögensdelikte; daneben handelte es sich aber auch um gemeingefährliche Delikte, die Sicherheit des Verkehrs betreffende Bestimmungen und um Landesverratsvorschriften. Ein einheitlicher Grundgedanke für deren Auswahl wurde allgemein vermißt [60].

Die "besonders schweren Fälle" des § 84 wurden von der Kommission mit der in den weiteren Reformarbeiten immer wieder auftauchenden Begründung geschaffen, die Kasuistik des geltenden Rechts bei den qualifizierten Tatbeständen sei oft unzulänglich und stehe einer gleichmäßigen Bestrafung gleichartiger Fälle im Wege [61]. Auf eine genaue Formulierung bestimmter erschwerender Umstände wurde verzichtet, weil man dies bei einer Vielzahl von Delikten wegen der Mannigfaltigkeit der vorkommenden Fälle für unmöglich hielt [62].

Die Strafrahmen für "besonders schwere Fälle" wurden in der Weise gestaltet, daß in der Regel eine gegenüber der normalen Strafdrohung schwerere Strafart vorgesehen oder die Höchst- oder Mindestmaße der Strafe heraufgesetzt wurden; in einigen Fällen verschoben sich allein die Höchst- oder Mindestgrenzen nach oben.

Die Art der Regelung "besonders schwerer Fälle" durch den Vorentwurf hatte im allgemeinen Zustimmung gefunden, wenn auch teilweise unter erheblichen Bedenken [63]. Ihre Gegner lehnten die "besonders schweren Fälle" hauptsächlich

---

59) Vgl. WACH, DJZ 1910, 108 (113), der allerdings § 290 des Vorentwurfs übersehen hat.

60) v. LISZT in Aschrott-v. Liszt, Bd. I S. 373 (380); MITTERMAIER, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, 169 (171); WACH, DJZ 1910, 108 (113).

61) Begründung zum Vorentwurf S. 325.

62) Begründung zum Vorentwurf S. 326.

63) Vgl. darüber HORN, Entwicklung der Strafzumessungsbestimmungen S. 84; MEZGER, ZStW 51, 855 (857); im einzelnen; HÖPFNER, Vorentwurf S. 181, v. LISZT in Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 373 (380); ROSENFELD, ÖstZfStR 1910, 309 (326); WACH in Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 1 (34) und DJZ 1910, 108 (113).

wegen der zu großen Dehnbarkeit der Formulierung und der dadurch bedingten erheblichen Steigerung des richterlichen Ermessens ab [64].

Die Andeutungen mögen an dieser Stelle genügen, da eine Auseinandersetzung mit den Argumenten, die auch für die "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 von Bedeutung sind, über den Rahmen des historischen Überblicks hinausgeht und dem dogmatischen Teil vorbehalten bleiben muß.

2. Auch der von Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal und Goldschmidt geschaffene "Gegenentwurf" von 1911 beschäftigt sich in den §§ 81 ff. sehr eingehend mit Fragen der Strafbemessung. Nach § 89 Abs. 2 sollte ein "besonders schwerer Fall" anzunehmen sein, "wenn die verschuldeten Folgen der Tat bedeutend sind oder der verbrecherische Wille des Täters besonders stark und verwerflich erscheint". Die wesentlichen Unterschiede gegenüber der Definition des § 84 Abs. 2 des Vorentwurfs bestehen darin, daß der Gegenentwurf einmal auf die "verschuldeten" Folgen der Tat abstellt, zum anderen Folgen der Tat und Willen des Täters nicht kumulativ, sondern nur alternativ verlangt.

Im Gegensatz zum Vorentwurf wird der "besonders schwere Fall" als allgemeiner Strafschärfungsgrund zugelassen, der zur Schärfung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens und darüber hinaus innerhalb der Strafarten des ordentlichen Strafrahmens dienen soll [65]. Die "besonders schweren Fälle" sind nicht mehr allein als Ablösung unbefriedigender Kasuistik gedacht, sondern sollen bei jedem Tatbestand die Verschärfung des vorgesehenen Strafrahmens bis zum gesetzlichen Höchstmaß ermöglichen. Da die "besonders schweren Fälle" als allgemeiner Strafschärfungsgrund zugelassen werden sollten, bestimmte § 89 Abs. 1, wie die ordentliche Strafe zu ändern wäre.

Besonders hervorzuheben ist die Grundauffassung der Schöpfer des Gegenentwurfs, die Zuchthausstrafe nicht an den bloßen Begriff des "besonders schweren Falles" zu knüpfen. Diese auf v. Liszt [66] zurückgehende Ansicht sah die Praxis des Vorentwurfs, bei "besonders schweren Fällen" von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe überzugehen, als Verstoß gegen den Grundsatz "nulla poena sine lege" an [67].

Den Schöpfern des Gegenentwurfs wurde vor allem als unbefriedigend entgegengehalten, daß es dem Richter nicht verwehrt sei, trotz Annahme eines "besonders

---

64) AICHINGER S. 65; HOEGEL, Seuff. Bl. 75, 265 (266); BIRKMEYER, GerS 77, 353 (394 f., 421); KANTOROWICZ, MonKrim 7, 257 (319); A. KÖHLER, Studien zum Vorentwurf S. 16 ff.; MITTERMAIER, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, 169 (171).

65) Begründung zum Gegenentwurf S. 120.

66) in Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 373 (381).

67) Begründung zum Gegenentwurf S. 118.

schweren Falles" die Strafe dem ordentlichen Strafrahmen zu entnehmen, der "besonders schwere Fall" sich also nicht unbedingt auf die Strafbemessung auswirken müsse [68]. Außerdem wurde die allgemeine Zulassung "besonders schwerer Fälle" heftig bekämpft [69].

3. Die folgenden Entwürfe der Jahre 1913, 1919, 1922, 1925, 1927 und 1930 können gemeinsam betrachtet werden, da § 76 des von Radbruch geschaffenen Entwurfs 1922 und des Amtlichen Entwurfs 1925 einerseits und § 77 der Amtlichen Entwürfe von 1927 und 1930 andererseits, in denen die "besonders schweren Fälle" geregelt sind, wörtlich übereinstimmen; § 118 des Kommissionsentwurfs 1913 und § 117 des Entwurfs 1919 weisen dazu nur eine geringe Abweichung im Wortlaut auf, nicht aber in ihrer inhaltlichen Bedeutung.

> Nach § 77 Abs. 2 der Entwürfe von 1927 und 1930 liegt ein "besonders schwerer Fall" vor, "wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist". Die §§ 117 Abs. 1 des Entwurfs 1919 und 118 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs 1913 weichen insoweit ab, als sie nicht die Worte "besonders strafwürdig", sondern "ungewöhnlich schwer" enthalten. Daß damit kein sachlicher Unterschied verbunden war, ergibt die Begründung, die in den Entwürfen der Jahre 1919, 1925 und 1927 im Wortlaut völlig übereinstimmt.
>
> Alle Vorschriften enthalten einen weiteren Absatz, in dem das Gesetz besonders bestimmt, ob und wie sich in "besonders schweren Fällen" Art oder Maß der ordentlichen Strafe ändert.

Im Gegensatz zum Entwurf von 1911 kehrten die folgenden Entwürfe also wieder zur Beschränkung der "besonders schweren Fälle" auf bestimmte Delikte zurück. Außerdem verlangten sie die Kumulierung von verbrecherischem Willen und besonderer Strafwürdigkeit der Tat.

Auch die Tatbestände, bei denen "besonders schwere Fälle" vorgesehen waren, stimmten in den Entwürfen von 1913 und 1919 einerseits und denen von 1925, 1927 und 1930 andererseits fast überein. Hervorzuheben ist jedoch die allmähliche Steigerung bei der Verwendung "besonders schwerer Fälle": Während der Kommissionsentwurf 1913 "besonders schwere Fälle" bei 39 Delikten vorsah [70],

---

68) Vgl. HORN S. 88.

69) Vgl. HOLLAND, Freiheit des richterlichen Ermessens S. 39.

70) §§ 139, 140, 143 bis 145, 166, 184, 192, 193, 197, 241, 254, 258, 260 bis 262, 266 bis 268, 272, 274, 275, 279, 283, 285, 304, 306, 309, 327, 333, 343, 355, 358, 361, 365 bis 367, 372 und 387.

der Entwurf 1919 25 Fälle kannte [71], enthielt der Entwurf Radbruch bereits 64 [72] und der Entwurf 1925 insgesamt 63 [73] derartige Vorschriften. Den Höhepunkt bildeten die Entwürfe 1927 und 1930 mit 82 [74] bzw. 75 [75] "besonders schweren Fällen".

Die Art der Strafschärfung bei Vorliegen eines "besonders schweren Falles" war in allen Entwürfen nahezu gleich: Bei Vergehen trat an die Stelle der sonst vorgesehenen Gefängnisstrafe Zuchthaus; bei Verbrechen wurden in den Entwürfen 1913 und 1919 die angedrohten Maximalstrafen erhöht, teilweise auch die Minimalstrafen, in den Entwürfen 1925, 1927 und 1930 wurden bei Verbrechen nur die Untergrenzen heraufgesetzt, da diese Entwürfe schon im ordentlichen Strafrahmen keine besondere Begrenzung nach oben hin kannten.

Neben den unbenannten "besonders schweren Fällen" enthielten sämtliche Entwürfe weiterhin qualifizierte Tatbestände.

Hält man sich die bisherige Entwicklung der "besonders schweren Fälle" in den Entwürfen von 1909 bis 1930 vor Augen, so sind, abgesehen von der erheblichen Zunahme dieser Fälle, wesentliche Neuerungen gegenüber dem ersten Auftreten dieser besonderen Gruppe im Vorentwurf nicht zu verzeichnen. Eine unterschiedliche Gestaltung haben sie nur im Gegenentwurf erfahren. Die Entwicklung vom Vorentwurf bis zum Entwurf 1930 geht dahin, einerseits die Tatbestände des Besonderen Teils möglichst klar zu formulieren, andererseits die Freiheit des Richters bei der Bestimmung der Rechtsfolgen zu erweitern [76]. Die durch die Zunahme der "besonders schweren Fälle" bedingte Steigerung des richterlichen Ermessens wurde zum großen Teil begrüßt, aber auch von zahlreichen Autoren mißbilligt [77]. Höhepunkt dieser

---

71) Vgl. die Denkschrift zum Entwurf 1919 S. 104 Anm. 1) zu § 117.

72) §§ 92, 94, 99, 118, 127, 128, 129, 144, 173, 180, 186, 187, 196, 209, 219, 222, 227, 237, 242, 243, 247, 260, 273, 276, 289, 292, 297, 298, 303, 308, 344, 349 bis 375.

73) Vgl. die Amtliche Begründung zum Entwurf 1925 S. 54 Anm. 1.

74) Vgl. die Amtliche Begründung zum Entwurf 1927 S. 58 Anm. 1. Die Angaben von DREHER, Niederschriften Bd. V S. 27, der Entwurf 1927 enthalte 47 "besonders schwere Fälle", sind fehlerhaft.

75) §§ 88 e, 95, 100, 118 bis 121, 130 bis 134, 152, 176, 195, 203 bis 208, 218, 225 bis 233, 238, 239, 241, 246, 252, 257, 265, 274 a, 275, 282, 291 bis 293, 297, 329, 332, 333, 338, 339, 346, 348, 350 und 22 Übertretungen, vgl. § 384.

76) Vgl. die Beispiele bei HÄFELE S. 37; DAHM, Recht und Staat, Heft 78 S. 3; HOLLAND S. 37

77) Zustimmend haben sich geäußert:
GRAF zu DOHNA, Mitteilungen der IKV, N.F. Bd. 2 S. 19 (25); GRAF GLEISPACH in Aschrott-Kohlrausch S. 201; HORN S. 93; PETERS, Kriminalpolitische Stellung

Entwicklung war der Entwurf 1925, der mit seiner fast völligen Auflösung der Strafrahmen von allen Entwürfen dem Richter die größte Ermessensfreiheit einräumte [78], so daß ein Mord mit fünf Mark Geldstrafe geahndet werden konnte, wenn alle mildernden Umstände zusammenkamen [79].

Es hatte sich gezeigt, daß die Frage der Ermessensfreiheit des Strafrichters seit dem Entwurf Radbruchs von 1922 das Hauptproblem der deutschen Kriminalpolitik während der Weimarer Republik war. Radbruch ersetzte die Forderung Montesquieus nach einem Höchstmaß richterlicher Bindung durch den Ruf nach einem erweiterten Spielraum richterlicher Freiheit [80]. Besonders die Entwürfe 1922 und 1925 kamen in der Praxis zu einer weitgehenden Auflösung der Strafrahmen. Einmal wurden fast sämtlichen schwerwiegenden Delikten "besonders schwere Fälle" aufgepfropft, zum anderen bildete man neben der allgemeinen Zulassung mildernder Umstände "besonders leichte Fälle" und ließ das Absehen von Strafe zu (vgl. § 75 Entwurf 1925 über die "besonders leichten Fälle"). Der liberale Einfluß der im Jahre 1925 gegründeten "Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft" trug dann entscheidend dazu bei, die sehr weitreichenden Auswüchse richterlicher Ermessensfreiheit der Entwürfe 1922 und 1925 im Entwurf 1927 bereits wieder einzudämmen. Der Entwurf 1930 behielt diese Tendenz bei.

4. Eine Änderung in der Behandlung "besonders schwerer Fälle" brachten erst wieder die Reformbestrebungen nach 1933.

Der vor allem von Gürtner beeinflußte, amtlich nicht veröffentlichte Entwurf 1936 verzichtete gegenüber sämtlichen früheren Entwürfen auf eine Definition der "besonders schweren Fälle". Dafür wurden aber bei vielen Vorschriften im Besonderen Teil Beispiele für derartige Fälle aufgestellt [81]. In Anlehnung

---

Fortsetzung der Fußnote 77) von Seite 16:
S. 57; KAHL, ZStW 42, 205 (215): Bei der erweiterten Freiheit des richterlichen Ermessens "pulsiert der Herzschlag des neuen Strafrechts".
Abgelehnt wurde die Regelung von:
BELING, GerS 91, 348 (352); FINGER, GerS 92, 74 (83 f.); GERLAND, Kritische Bemerkungen S. 92, 102; A. KÖHLER, Strafrechtliche Bestimmungen S. 8 f.; NAGLER, GerS 94, 83 (96); R. SCHMIDT, DJZ 1925, 1291 ff.; Wachenfeld, GA 69, 353 (358); Erklärung der "Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft" in DJZ 1925, 1302.

78) HENKEL, Strafrichter und Gesetz S. 33; R. LANGE, Niederschriften Bd. I S. 116; RADBRUCH, DJZ 1925, 1286 (1287); SAUER, GA 1955, 232 (234).

79) Vgl. auch R. LANGE, Niederschriften Bd. I S. 116.

80) Bemerkung VIII der Begründung zum Entwurf 1922.

81) Das ist bei insgesamt 36 Tatbeständen geschehen; davon wurden zwei Vorschriften (§§ 158, 455) als "schwere Fälle" bezeichnet. Außerdem wurde beim

an die Strafgesetznovelle von 1933 [82], die "besonders schweren Fälle" bei Betrug und Untreue eingeführt und beispielhaft erläutert hatte, sollte der Entwurf der Praxis durch Aufstellung bestimmter Beispiele sichere Leitbilder für die Strafschärfung geben [83]. Daneben kannte der Entwurf 1936 noch eine Vielzahl unbenannter "besonders schwerer Fälle" [84]. Auf eine Definition des "besonders schweren Falles" glaubte der Entwurf 1936 dennoch verzichten zu können, da die Gesamtheit der Beispiele bei den benannten "besonders schweren Fällen" als verwertbarer Maßstab auch für die unbenannten Fälle angesehen wurde [85]. Da die Kommission von dieser These wohl selbst noch nicht völlig überzeugt schien, sollte die Frage der Definition in künftigen Beratungen nochmals geprüft werden [86].

Neben den "besonders schweren Fällen" enthielt der Entwurf 1936 auch noch qualifizierte Tatbestände, obwohl diese zugunsten der "besonders schweren Fälle" erheblich verringert wurden.

> Die Mehrzahl der herkömmlichen Qualifikationen wurde in "besonders schwere Fälle" aufgelöst, so beispielsweise beim Diebstahl (§ 455 Abs. 2: "Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor,
> 1. wenn aus einer dem Gottesdienst ... gewidmeten Stätte ... gestohlen wird ... ,
> 2. wenn die Sache aus einem geschlossenen Raum gestohlen wird, den ein am Diebstahl Beteiligter in diebischer Absicht mit Diebeswerkzeug eröffnet hat oder in den er in diebischer Absicht eingebrochen, eingestiegen oder eingeschlichen ist ...").

Die beispielhaft gebildeten "besonders schweren Fälle" sollten stets zur Anwendung des schärferen Strafrahmens führen [87]. Unterschiede in der Formulierung (" ... oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor, ...", "Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere (namentlich) vor, ...", "In besonders schweren Fällen,

---

Fortsetzung der Fußnote 81) von Seite 17:
Hochverrat (§ 94) ein "besonders gefährlicher Fall" geschaffen, der ebenfalls durch Beispiele verdeutlicht war.

82) Vgl. oben S. 7.

83) SCHÄFER bei Gürtner, AT S. 163 (169).

84) Es handelt sich hier insgesamt um 69 Vorschriften, von denen 3 als "schwere Fälle" bezeichnet wurden (§§ 124, 130 und 417). Die Ansicht R. LANGES, der Entwurf 1936 kenne insgesamt 87 "besonders schwere Fälle", Niederschriften Bd. V S. 27, stimmt auch hier nicht.

85) Begründung zum Entwurf 1936 S. 49.

86) SCHÄFER bei Gürtner S. 178.

87) Begründung zum Entwurf 1936 S. 282.

vor allem wenn ...") waren hierbei unerheblich [88].

Der Entwurf 1936 benutzte im übrigen verschiedene Merkmale einerseits für qualifizierte Tatbestände, andererseits zur Bildung "besonders schwerer Fälle". So ist die gewerbsmäßige Begehung in zahlreichen Vorschriften Merkmal eines "besonders schweren Falles", in anderen Bestimmungen dagegen Qualifikationsmerkmal [89]. Ebenso wirkt das Handeln aus Gewinnsucht einmal qualifizierend, ein anderes Mal führt es zur Annahme eines "besonders schweren Falles" [90]. Dasselbe gilt für die Eigenschaft des Täters als Rädelsführer [91]. Der Mißbrauch der Dienststellung [92] und die Erregung von Angst oder Schrecken in der Bevölkerung [93] wurden dagegen allein zur Bildung "besonders schwerer Fälle" verwendet.

Wie die vorangegangenen Entwürfe läßt auch der Entwurf 1936 bei unbenannten und benannten "besonders schweren Fällen" den Übergang von der Gefängnis-zur Zuchthausstrafe zu, in einigen Fällen wird sogar die Verhängung der Todesstrafe ermöglicht [94].

Stellt man den Entwurf 1936 den Reformarbeiten früherer Jahre gegenüber, so ist die durch sehr weite Strafrahmen außergewöhnlich gesteigerte Freiheit des richterlichen Ermessens nicht zu übersehen [95]. Die Steigerung der "besonders schweren Fälle" auf insgesamt 105 Vorschriften scheint diese Erscheinung zu verdeutlichen, zumal nur ein knappes Drittel der Fälle benannt war. Andererseits

---

88) Wie es sich aus der Gegenüberstellung der Begründungen zu den §§ 453 (S. 281), 455 (S. 282) und 199 (S. 142) ergibt.

89) Vgl. Abtreibung, § 140, Urkundendelikte, §§ 386, 390, Erpressung, § 442, Wucher, § 443, Betrug, § 446 und Hehlerei, § 470 einerseits und Unzucht zwischen Männern, § 216, Frauenhandel, § 227,Bettelei, § 344, Geldverringerung, § 398, Diebstahl, § 456 und Wilderei, §§ 465, 466 andererseits.

90) Personenstandsverletzung, § 198, auf der einen, Muntbruch, § 194, auf der anderen Seite.

91) Gefangenenmeuterei, § 288, im Unterschied zur Arbeitsverweigerung durch Amtsträger, § 327.

92) §§ 349, 350, 430 und 432.

93) § 319 - insgesamt 13 Fälle bei den gemeingefährlichen Delikten.

94) So beim Hochverrat, § 94, der Wehrmittelsabotage, § 154, dem Frauenhandel, § 227 und bei bestimmten Fällen der Nichtanzeige eines geplanten Verbrechens, § 351.

95) Begründung zum Entwurf 1936 S. 7;
HÄFELE S. 61;
HELLWIG, DStR 1936, 418 (419).

sind aber diese Anklänge rechtsstaatlicher Ermessensbeschränkung den gänzlich unbenannten "besonders schweren Fällen" früherer Entwürfe vorzuziehen. Wenn auch die Strafrahmen nicht immer befriedigen können, so ist durch die beispielhafte Aufzählung bestimmter Merkmale der Anfang gemacht worden, die Erwägung des Richters im Hinblick auf erschwerende Umstände in bestimmte Bahnen zu lenken.

5. Die zu Beginn der fünfziger Jahre einsetzenden Bestrebungen zur Neuregelung des Strafgesetzbuchs, die zum Entwurf eines Allgemeinen Teils von 1958, zum Entwurf 1959 I und 1959 II und zum Entwurf 1960 geführt haben, sollen im geschichtlichen Rückblick nicht erörtert werden. Da diese Arbeiten bei den "besonders schweren Fällen" von einer einheitlichen Grundtendenz getragen sind, die im Entwurf 1962 ihre vorläufig endgültige Fassung erhalten hat, wird nur bei der Würdigung des Entwurfs 1962, soweit es nötig erscheint, auf diese früheren Entwürfe eingegangen werden.

E. ERGEBNIS DES BISHERIGEN ÜBERBLICKS

Zieht man die Bilanz aus der vorausgegangenen Darstellung, so ist die mit der erheblichen Ausdehnung des richterlichen Ermessens verbundene Zunahme "besonders schwerer Fälle" nicht zu übersehen. Das gilt einmal für das Strafgesetzbuch selbst, zum anderen aber auch für die insoweit parallel verlaufenden Reformbestrebungen. Das Strafgesetzbuch kannte bei seinem Inkrafttreten noch keine "besonders schweren Fälle", das Strafgesetzbuch des Jahres 1965 enthält 44 derartige Erschwerungen; der erste Entwurf des Jahres 1909 sah derartige Fälle bei 33 Tatbeständen vor, der letzte Entwurf vor der im Jahre 1954 in Angriff genommenen Neuschaffung des Strafgesetzbuchs steigerte sie auf 105. Ein nicht viel anderes Bild bieten die strafrechtlichen Nebengesetze.

Daß diese Steigerung richterlicher Machtbefugnis nicht ohne Gefahr für ein an rechtsstaatlichen Begriffen zu messendes Strafgesetz sein kann, ist ohne weiteres einzusehen [96]. Der im Laufe der Zeit ständig gewachsene Ermessensbereich, der dem Richter insbesondere durch unbenannte "besonders schwere Fälle" zur Verfügung gestellt wurde und vor dem schon Hedemann in seiner bekannten Abhandlung über "Die Flucht in die Generalklauseln" eindringlich gewarnt hat [97], ist in letzter Zeit wieder problematisch geworden [98]. Man muß sich allerdings von der Auffassung lö-

96) R. LANGE, Der Rechtsstaat S. 70.

97) Vgl. insbesondere S. 35 und 38.

98) DROST, NJW 1955, 1255 (1257); JESCHECK, ZStW 75, 1 (6); R. LANGE, Der Rechtsstaat S. 70; Der Strafanspruch des Staates S. 97; SchwZfStR 1955, 373 (376); H. MAYER, Strafrechtsreform S. 78; NOLL, SchwZfStR 1962, 377 (384);

sen, die "besonders schweren Fälle" hätten gerade wegen ihrer starken Zunahme in den Jahren nach 1933 nationalsozialistisches Gedankengut zum Inhalt [99]. Gegen dieses unberechtigte Mißtrauen spricht auch die Tatsache, daß der italienische Faschismus ein streng kasuistisches, den Richter bindendes und jede Analogie ausschließendes Strafgesetzbuch beibehielt [100].

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, daß die Einführung "besonders schwerer Fälle" bereits zu Beginn des Jahrhunderts angestrebt wurde, und die Nebengesetzgebung von diesen Erschwerungsgründen schon in den zwanziger Jahren regen Gebrauch gemacht hat. Der Entwurf 1936, an einigen Stellen alles andere als ein Musterbild rechtsstaatlicher Gesinnung, war im Gegensatz zu den Entwürfen früherer Jahre gerade bei der Regelung "besonders schwerer Fälle" bemüht, die Weite des richterlichen Ermessens durch beispielhafte Leitbilder einzuengen. Wenn diese Möglichkeit auch nicht bei allen in Frage kommenden Delikten vorgesehen war, so hatte man doch immerhin einen Anfang gemacht.

Die Novellengesetzgebung der fünfziger Jahre hat diese Entwicklungstendenz nicht weiter verfolgt, sondern durch Einfügung zahlreicher neuer unbenannter "besonders schwerer Fälle", insbesondere bei den Bestimmungen über Hoch- und Landesverrat, deren Strafrahmen praktisch weitgehend beseitigt [101]. Inwieweit gerade hier der Eindruck weltpolitischer Krisen ein genaues Durchdenken dieser Materie erschwerte, mag dahingestellt bleiben. Daß auch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 trotz verschiedentlich geäußerter Bedenken [102] zahlreiche neue unbenannte "besonders schwere Fälle" einführte, dürfte sich dadurch erklären, daß zu jener Zeit mit der Reform zur Neuordnung des gesamten Strafrechts begonnen wurde, der auch die Umgestaltung der "besonders schweren Fälle" überlassen bleiben sollte [103].

Nachdem dann der Entwurf 1962 vorlag, ist es nicht verwunderlich, daß

Fortsetzung der Fußnote 98) von Seite 20:
SARSTEDT, Referat S. D 43; SAUER, GA 1955, 232 (234); SPENDEL, NJW 1960, 1700 (1705).

99) Vgl. DREHER, Niederschriften Bd. V S. 16. Diese Bedenken leiten auch den DEUTSCHEN RICHTERBUND in seiner Stellungnahme zur Strafrechtsreform, DRiZ 1954, 157 (158).

100) Vgl. R. LANGE, Referat zum 39. Juristentag S. C 13.

101) Vgl. die §§ 89 Abs. 1 Satz 2 und 100 d Abs. 4 1. Alternative: lebenslanges Zuchthaus.

102) R. LANGE, Der Rechtsstaat S. 73.

103) Vgl. auch die Begründung zum Dritten Strafrechtsänderungsgesetz, Bundestagsdrucksache Nr. 3713 (1. Wahlperiode) S. 42 zu 28.

die durch das Siebente Strafrechtsänderungsgesetz und das Vereinsgesetz aus dem Jahre 1964 neu geschaffenen "besonders schweren Fälle" beispielhaft im Sinne des Entwurfs 1962 erläutert worden sind, da man nun glaubte, die beste aller möglichen Lösungen gefunden zu haben.

III. DIE AUSLEGUNG DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" NACH GELTENDEM RECHT

Nachdem das tatsächliche Vorhandensein der "besonders schweren Fälle" bei den einzelnen Tatbeständen dargestellt worden ist, soll kurz darauf hingewiesen werden, wie der unbenannte "besonders schwere Fall" im geltenden Recht ausgelegt wird.

Nach ständiger und einhelliger Rechtsprechung ist ein "besonders schwerer Fall" dann gegeben, wenn eine Tat unter Berücksichtigung aller erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle, die vom Gesetzgeber für den Spielraum des ordentlichen Strafrahmens schon bedacht sind, diese an Strafwürdigkeit so übertrifft, daß der ordentliche Strafrahmen zur Sühne nicht mehr genügt [104]. Diese Frage hat der Richter nach der Gesamtheit der äußeren und inneren Seite des Verbrechens zu würdigen, wobei beide Seiten gegeneinander abzuwägen sind; ein "besonders schwerer Fall" darf nur angenommen werden, wenn der Richter Tat und Täter eingehend gewürdigt hat [105]. Dabei reicht es aus, wenn die Tat oder der Täter durch sein Verhalten die Überschreitung des ordentlichen Strafrahmens erfordern [106].

Die Rechtsprechung bildet also die Merkmale der "besonders schweren Fälle" in Anlehnung an die Beispiele der §§ 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 a.F., in denen ebenfalls entweder objektiv oder subjektive Momente zur Annahme eines "besonders schweren Falles" führen konnten.

Dieser Rechtsprechung wird von Seiten des Schrifttums überwiegend zugestimmt [107]. Eine andere Ansicht vertritt lediglich LANGE, der die unbenannten "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts im Sinne des § 77 Abs. 2 Entwurf

104) RG 69, 164 (169); 76, 49 (52); BGH NJW 1952, 234; NJW 1953, 1480 (1481); 5, 124 (130).

105) RG 69, 240 (242); 73, 172 (176); HRR 1941 Nr. 300; ZAkDR 1941, 351 (352); BGH 2, 181 (182); NJW 1952, 234; NJW 1953, 1480 (1481).

106) BGH 2, 181 (182).

107) JAGUSCH (LK) Anm. B II 3 e vor § 13; MAURACH, BT S. 331; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 266 Rdn. 57 ff.; SCHWARZ-DREHER § 266 Anm. 6 B.

1930 verstanden wissen will [108], also eine kumulative Erhöhung der Stärke des verbrecherischen Willens und der Strafwürdigkeit der Tat verlangt.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den hier nur kursorisch dargestellten Meinungen kann unterbleiben, da die vorliegende Untersuchung sich mit den "besonders schweren Fällen" des Entwurfs 1962 beschäftigt, der im Unterschied zum geltenden Recht keine unbenannten "besonders schweren Fälle" kennt, so daß weitere Ausführungen zu diesem Punkt überflüssig erscheinen.

IV. DIE VERSCHIEDENEN MÖGLICHKEITEN DER REGELUNG ERSCHWERTER FÄLLE

Bevor die Behandlung der "besonders schweren Fälle" im Entwurf 1962 dargestellt und kritisch betrachtet wird, soll noch auf die unterschiedlichen Möglichkeiten hingewiesen werden, die dem Gesetzgeber überhaupt zur Regelung erschwerter Fälle offenstehen. Da bei sehr vielen Delikten mehr oder weniger häufig Fälle vorkommen, die über das normale Erscheinungsbild hinausgehen, stellt sich dem Gesetzgeber die Frage, wie er diese Fälle systematisch am besten regelt.

A. AUFSTELLUNG WEITER STRAFRAHMEN

Die gesetzgeberisch einfachste Lösung liegt in der Bereitstellung weiter Strafrahmen, die auch die Strafwürdigkeit ungewöhnlich schwerer Fälle umfassen. Der Gesetzgeber brauchte hierzu weder die einzelnen Tatbestände noch die Strafdrohungen aufzugliedern; die verschiedene Schwere der einzelnen Sachverhalte wäre allein im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Diese Forderung nach möglichst weiten Strafrahmen wurde - als Reaktion auf die "besonders schweren Fälle" des Vorentwurfs 1909 - früher auch von einigen Autoren mit Nachdruck vertreten [109], wird aber heute kaum noch in Betracht gezogen [110]. Außergewöhnlich weite Strafrahmen und die dadurch ins

108) KOHLRAUSCH-LANGE § 89 Anm. VIII, § 263 Anm. X; LANGE, MDR 1948, 310 (312); Niederschriften Bd. I S. 120.

109) AICHINGER S. 67; HOEGEL, Seuff. Bl. 75, 265 (266); KANTOROWICZ, MonKrim 7, 257 (319); REICHARDT, Blätter für Gefängniskunde Bd. 44 S. 5 (22).

110) KRUMME, DRiZ 1955, 209 (210) und PETERS, Diskussion beim 41. Juristentag, Bd. II S. D 70, allerdings fordern weite Strafrahmen; dagegen mit Recht SARSTEDT, Referat S. D 41, der aber darauf hinweist, daß die Frage

Unerträgliche gesteigerte Zunahme richterlichen Ermessens werden einhellig wegen ihrer Gefahren für Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Gleichmäßigkeit in der Strafrechtspflege abgelehnt [111]. Angesichts der offenkundigen Nachteile und schweren Gefahren dieser Regelung erscheint es überflüssig, auf diese auch früher nur vereinzelt vertretene Meinung einzugehen.

B. KASUISTISCHE REGELUNG DURCH QUALIFIKATIONSTATBESTÄNDE

Wesentlich bedeutsamere Gründe sprechen für die entgegengesetzte Lösung, die für erheblich schwerere Formen des Normalfalles abschließende Qualifizierungen vorsieht, sei es in Gestalt von Sonderdelikten sei es als unselbständige Formen des Grunddelikts [112]. Diese Konstruktion entspricht dem Strafgesetzbuch von 1871 bis zum Auftauchen der "besonders schweren Fälle". Die strenge Bindung durch kasuistische Gestaltung der Tatbestände ließ dem Richter bei dieser Konzeption nur einen sehr begrenzten Ermessensspielraum.

Auf die nicht zu übersehenden Nachteile der Kasuistik ist von vielen Seiten hingewiesen worden [113]. Die Argumentation ist im Grunde immer die gleiche ge-

---

Fortsetzung der Fußnote 110) von Seite 23:
der Weite eine Frage des Maßes ist, S. D 88, es also darauf ankomme, was unter "weit" zu verstehen ist. Für ausgedehnte Strafrahmen ohne nähere Differenzierung treten aber weder KRUMME noch PETERS ein.

111) LANG-HINRICHSEN, Gutachten für den 43. Juristentag Bd. I 3 B 33; DREHER, Gerechte Strafe S. 75, 78; KANTOROWICZ, DJZ 1908, 962, weist bei § 263 StGB durch die jeweilige Kombination der verschiedenen Strafarten und -größen über 7 Milliarden Strafmöglichkeiten nach!

112) So z. B. die §§ 242, 243 - vgl. BGH 4, 226 (228) - einerseits und die §§ 153, 154 - vgl. BGH (GS) 8, 301 - andererseits.
Daß eine genaue Abgrenzung zwischen unselbständiger tatbestandlicher Abwandlung und delictum sui generis erhebliche Schwierigkeiten bereitet, vgl. MEZGER BLEI, AT S. 98, sei nur am Rande vermerkt, da dieses Problem auf den Fortgang der Arbeit ohne Einfluß ist.

113) GRAF GLEISPACH, ÖstZfStR 1910, 330 (340); GRASSBERGER, Strafzumessung S. 91; HEINITZ, ZStW 70, 1 (22); HÖPFNER S. 181; KOHLRAUSCH bei Gürtner S. 474 (484); R. LANGE, Materialien Bd. I S. 82; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 35 f.; v. LISZT, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II S. 87; SCHRÖDER, Gesetz und Richter S. 24; Mezger-Festschrift S. 423; Gutachten für den 41. Juristentag S. 83; SJZ 1950, 560 (562); STREE S. 14; RIESE, NJW 1956, 10; WACH, VDA Bd. VI S. 1 (37 ff.) und in Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 29 ff.

blieben und nicht weit über die bereits von Wach [114] formulierten Gedanken hinausgegangen. Größe und Not der Kasuistik liegen eng beieinander und beruhen gemeinsam auf dem Ausschluß richterlicher Freiheit zugunsten strenger Rechtssicherheit durch formale Bindung.

> Daß die individuelle Gerechtigkeit hierbei etwas zu kurz kommen kann, leuchtet ein, wenn man berücksichtigt, daß ein Täter, der nach Übersteigen eines Zaunes einige Blumen stiehlt, auch nach Zubilligung mildernder Umstände nicht unter drei Monate Gefängnis erwarten kann, während der Diebstahl wertvoller Gegenstände ohne Erfüllung der Merkmale des § 243 StGB nur mit Gefängnis schlechthin bedroht ist.

Einen Ausweg aus diesem allgemein für unbefriedigend gehaltenen Zustand glaubt Schröder gefunden zu haben [115]. Er befürwortet die bisherige Regelung bei den qualifizierten Tatbeständen insoweit, als andere als die genannten Umstände von der Strafschärfung ausgeschlossen sind, will aber dem Richter die Möglichkeit eröffnen, auch beim Vorliegen der genannten Umstände unter bestimmten Gesichtspunkten von der Anwendung des erhöhten Strafrahmens absehen zu können. Diese Konstruktion des "Nur, aber nicht immer" [116] entwertet die Qualifikationstatbestände zu Strafbemessungsregeln [117] und verwischt die Konturen zwischen beiden. Da die Qualifikationstatbestände häufig die Eigenschaft des Grunddelikts als Vergehen aufgeben und zu Verbrechen werden, würde es im Ermessen des Richters liegen, wann der Versuch, die versuchte Anstiftung strafbar oder die Tat noch nicht verjährt ist. Die gleichen Bedenken, die zur Ablehnung der sog. spezialisierenden Betrachtungsweise bei § 1 StGB geführt haben [118], drängen sich auch bei der Lösung Schröders auf. Diese Konstruktion ist deshalb wegen ihrer Gefahren für eine gleichmäßige Rechtsanwendung abzulehnen.

---

114) VDA Bd. VI S. 38 ff. und DJZ 1910, 108 (109).

115) Gutachten für den 41. Juristentag Bd. I S. 84; Mezger-Festschrift S. 428 f.

116) Gutachten S. 84.

117) Das wird bestätigt, wenn man sich vor Augen hält, daß SCHRÖDER die Merkmale des § 211 StGB für bloße Strafzumessungsgründe hält, vgl. SJZ 1950, 560 (562).

118) BGH 2, 181 (183); 2, 393 (394); 3, 47 (48); 4, 226 (227 f.).

C. REGELUNG DURCH "BESONDERS SCHWERE FÄLLE"

Als Mittelweg zwischen diesen beiden extremen Konzeptionen bieten sich die "besonders schweren Fälle" an. Hierbei eröffnen sich verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung, auf die im folgenden kurz hingewiesen werden soll.

1. Der Gesetzgeber kann einmal unbenannte "besonders schwere Fälle" verwenden, wie dies im geltenden Recht an vielen Stellen geschehen ist. Diese Konstruktion könnte immer dann vorteilhaft sein, wenn sich bei den betreffenden Delikten keine terminologisch faßbaren Erscheinungsformen herausgebildet haben, aber dennoch Fälle von besonderer Schwere vorgekommen sind und auch in Zukunft vorkommen werden.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die unbenannten "besonders schweren Fälle" im Grunde nichts weiter darstellen als eine formal in das Gewand der Differenzierung gekleidete Erweiterung der Strafrahmen. Daran ändertn auch eine Definition der "besonsers schweren Fälle" im Allgemeinen Teil nicht viel, da sie wegen der Fülle der vorkommenden Fälle über Gemeinplätze kaum hinausgehen wird.

Es besteht deshalb auch in der Literatur Einigkeit darüber, daß die heutige Fassung des Strafgesetzbuchs mit seinen meist unbenannten "besonders schweren Fällen" vom Idealzustand der Behandlung erschwerter Fälle weit entfernt und dringend einer Neuregelung bedürftig ist [119].

2. Eine wesentliche Verbesserung bieten in dieser Hinsicht die benannten "besonders schweren Fälle". Diese exemplifizierende Methode geht auf Wach zurück [120]. Im Gegensatz zur Kasuistik, die er als schweren Fehler der Gesetzgebung ansah, hielt er die Exemplifikation für ein "treffliches Mittel der Verdeutlichung des Gesetzeswillens" [121].

---

119) DROST, NJW 1955, 1255 (1257); JAGUSCH (LK) Anm. B II 3 e vor § 13; R. LANGE, Der Rechtsstaat S. 72 f.; H. MAYER, Strafrechtsreform S. 78; SARSTEDT, Referat S. D 51.

120) Reform der Freiheitsstrafe S. 44; Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 1 (29 ff.); VDA Bd. VI S. 41 ff.

121) Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 29.
Der Ansicht von WACH hat sich die Mehrzahl der auf Seite 24 Anm. 113) erwähnten Autoren angeschlossen, da die Ablehnung der Kasuistik notwendig zur Exemplifikation führt, es sei denn, man plädiert für die bloße Erweiterung der Strafrahmen, vgl. SCHRÖDER, Mezger-Festschrift S. 423; ROSENFELD, VDA

Bei den benannten "besonders schweren Fällen" ergeben sich verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung im Hinblick auf den Ort und die Art und Weise der Regelung.

a) Man kann die "besonders schweren Fälle" beispielhaft bei den einzelnen Delikten aufzählen, ohne im Allgemeinen Teil eine zusätzliche Definition vorzusehen [122]. Daneben steht die andere Form der Erläuterung der "besonders schweren Fälle" im Allgemeinen und der gleichzeitigen Exemplifikation im Besonderen Teil [123].

b) Hinsichtlich der Art und Weise der Exemplifikation lassen sich ebenfalls verschiedene Möglichkeiten denken. Die Beispielsfälle können in der Weise zwingend vorgesehen werden, daß beim Vorliegen eines Beispielsfalles stets ein "besonders schwerer Fall" anzunehmen ist, außerdem aber andere ähnliche Fälle in gleicher Weise behandelt werden können [124].

Fortsetzung der Fußnote 121) von Seite 26:
Bd. III S. 151. Für die exemplifikative Methode haben sich weiter eingesetzt:
DREHER, Niederschriften Bd. I S. 128; Bd. IV S. 293; JAGUSCH (LK) Anm. B II 3 e vor § 13; R. LANGE, Materialien Bd. I S. 84; Niederschriften Bd. I S. 120; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 37; SARSTEDT, Referat S. D 51; SCHÄFER bei Gürtner S. 169.

122) Wie es im Entwurf 1936 geplant war, vgl. oben S. 18. Für diese Regelung haben sich eingesetzt: KALSBACH, Referat S. D 21; SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. IV S. 276; anscheinend auch R. LANGE, Niederschriften Bd. IV S. 297.

123) Diese Lösung befürworten:
BUSCH, ZStW-Sonderheft 1957, 101 (108); BECKER, DJ 1935, 1188 (1191); DAHS, Niederschriften Bd. I S. 126; MANNHEIM, ZStW 42, 40 (49); MEZGER, Niederschriften Bd. I S. 133; SAUER, GA 1955, 232 (236); SCHRÖDER, Gutachten S. 87; wohl auch SCHÄFER bei Gürtner S. 178.

124) Beispiele hierfür finden sich in den §§ 129 Abs. 4, 292 Abs. 2 und 293 Abs. 2 StGB. Daß beim Vorliegen eines Beispielsfalles zwingend die erhöhte Strafdrohung eintritt, hat der BGH (Bd. 5, 211) unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des OLG KOBLENZ in JZ 1953, 278 für § 292 Abs. 2 StGB ausgesprochen.
Eine derartige Regelung verlangen:
DAHS, Niederschriften Bd. I S. 137; FRITZ, Niederschriften Bd. V S. 16; KALSBACH, Referat S. D 21; KOHLRAUSCH bei Gürtner S. 484; R. LANGE, Niederschriften Bd. V S. 12; Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 85;

Dieser etwas strengeren Handhabung steht eine zweite Konstruktion gegenüber, bei der trotz Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels dennoch ein "besonders schwerer Fall" verneint werden kann, die Beispiele also nicht bindend sind, zusätzlich aber auch analoge Sachverhalte als "besonders schwere Fälle" gewertet werden können [125].

D. QUALIFIKATIONSTATBESTÄNDE NEBEN "BESONDERS SCHWEREN FÄLLEN"

Die bisher dargestellten Möglichkeiten schließen einander keineswegs aus. Wie das StGB und die bisherigen Entwürfe zeigen, treten die verschiedenen Kombinationen nebeneinander auf, ohne daß dagegen konstruktive Bedenken bestehen.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob und wie "besonders schwere Fälle" am besten zu regeln sind. Welcher der bisherigen Lösungswege dogmatisch am saubersten ist, wird im folgenden Teil der Untersuchung im Anschluß an die Darstellung der gesetzlichen Regelung der "besonders schweren Fälle" im Entwurf 1962 zu erörtern sein.

Fortsetzung der Fußnote 124) von Seite 27:
WELZEL, Niederschriften Bd. V S. 13; SARSTEDT, Referat S. D 50.

125) Hierfür haben sich ausgesprochen:
DREHER, Niederschriften Bd. V S. 16; KOFFKA, Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 65 f.; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 40; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 35; SCHRÖDER, Mezger-Festschrift S. 423; Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 66.

ZWEITER ABSCHNITT

DAS ERSCHEINUNGSBILD DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF 1962

Nachdem die bisherigen Lösungsversuche und verschiedenen Möglichkeiten zur Behandlung "besonders schwerer Fälle" aufgezeigt worden sind, soll nunmehr eine Bestandsaufnahme der Regelung "besonders schwerer Fälle" im Entwurf 1962 gegeben werden, an die sich im nächsten Abschnitt eine kritische Würdigung anschließen soll.

I. DIE ART DER GESETZLICHEN REGELUNG "BESONDERS SCHWERER FÄLLE"

Wie kein anderer Strafgesetzentwurf vor ihm bemüht sich der Entwurf 1962, den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit in hohem Maße zu entsprechen [1]. Dieses Verlangen nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wird der Großen Strafrechtskommission auch allenthalben bescheinigt [2]. Ein beredtes Zeugnis dafür legen auch die in den Beratungen der Kommission zum Ausdruck gekommenen Ansichten ab [3].

Aus diesen Gründen bemüht sich der Entwurf 1962, die Strafrahmen möglichst einzuengen und weite Strafrahmen durch bestimmte Fallgruppen aufzugliedern [4]. Ob dieses Streben auch an allen Stellen die gewünschte Gestalt angenommen hat, soll nicht näher untersucht werden, da es die "besonders schweren Fälle" nicht unmittelbar betrifft; Zweifel in dieser Richtung bleiben allerdings, zumal namhafte Mitglieder der Kommission eine Erweiterung der Strafrahmen in gewissen Grenzen im Auge hatten [5].

---

1) Vgl. die AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 101.

2) BAUMANN, Gegenentwurf S. 3 mit Einschränkungen; DAHS, NJW 1958, 1161 (1165); JESCHECK, Recht und Staat Heft 198/199 S. 37 und ZStW 75, 1 (6); R. LANGE, SchwZfStR 1955, 373 (376); NOLL, SchwZfStR 1962, 377 (384); PETERS, SchwZfStR 1961, 162; SAUER, GA 1955, 232 (234); Eb. SCHMIDT, ZStW 69, 359.

3) Vgl. insbesondere BOCKELMANN, Niederschriften Bd. V S. 37; DREHER, Niederschriften Bd. IV S. 293 ff.; R. LANGE, Niederschriften Bd. I S. 116; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 34.

4) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 101.

5) DAHS, Niederschriften Bd. I S. 123; R. LANGE, Niederschriften Bd. I S. 118.

Unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit stehen nach den Intentionen der Großen Strafrechtskommission auch die "besonders schweren Fälle" [6].

a) Der Entwurf 1962 gibt zunächst in § 62 des Allgemeinen Teils folgende Definition:

> "Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn Umstände, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder das Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld wesentlich erhöhen."

An dieser Begriffsbestimmung ist einmal hervorzuheben, daß eine kumulative - nicht alternative - wesentliche Erhöhung von Unrecht und Schuld erforderlich ist. Zum anderen beziehen sich die Begriffe "Unrecht" und "Schuld" nicht nur auf die Verwirklichung des Tatbestandes, sondern sind in einem "weiteren Sinne" [7] zu verstehen, da sie sich auch auf das Verhalten des Täters nach der Tat beziehen können.

b) Neben der Definition im Allgemeinen Teil verwendet der Entwurf benannte "besonders schwere Fälle" bei 65 Bestimmungen des Besonderen Teils [8]. Das geschieht in der Weise, daß dem Grundtatbestand des betreffenden Delikts ein weiterer Absatz oder sogar eine neue Vorschrift hinzugefügt wird, worin die "besonders schweren Fälle" beispielhaft erläutert und mit einer schärferen Strafdrohung versehen

---

6) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 101.

7) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 184 zu § 62

8) §§ 138 (Fahrlässige Tötung), 139 (Aussetzung), 154 (Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger), 164 (Freiheitsberaubung), 167 (Politische Verdächtigung), 171 (Nötigung), 183, 185, 186 (Verletzungen des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs), 196 (Muntbruch), 205 (Notzucht), 206 a (Nötigung zur Unzucht), 207 (Schändung), 210 (Unzucht mit Kindern), 236 (Diebstahl), 240 (Unterschlagung), 246 (Raub), 247 (Räuberischer Diebstahl), 253 (Betrug), 256 (Versicherungsmißbrauch), 261 (Räuberische Erpressung), 264 (Untreue), 266 (Wucher), 272 (Bankrott), 275 (Schuldnerbegünstigung), 277 (Jagdwilderei), 280 (Fischwilderei), 282 (Räuberische Wilderei), 294 (Verbrecherische Vereinigungen), 296 (Landfriedensbruch), 303, 304, 306, 307 i.V.m. 308 (Urkundenstraftaten), 320, 322 bis 324, 327 bis 331, 333, 334, 336 bis 337 a i.V.m. 338 (Gemeingefährliche Straftaten), 383 (Landesverrat), 384 (Landesverräterische Ausspähung), 387 (Landesverräterischer Nachrichtendienst), 388 (Landesverräterische Friedensgefährdung), 389 (Landesverräterisches Vortäuschen von Staatsgeheimnissen), 391 (Landesverräterische Täuschung), 396 (Nötigung von Mitgliedern eines Verfassungsorgans), 418 bis 421 i.V.m. 422 (Nötigung zu Diensthandlungen und Widerstand), 424 (Meuterei), 433 (Meineid) und 471 bis 473 i.V.m. 474 (Verletzung des dienstlichen Geheimbereichs).

werden. Die Zahl der Beispiele schwankt zwischen zwei und sieben, in fast neunzig Prozent der Fälle werden zwei bis vier Beispiele gegeben [9].

Durch die Verwendung der "in der Regel"-Formel gibt der Entwurf zu erkennen, daß der Richter auch beim Vorliegen der Merkmale eines Regelbeispiels nicht gehindert ist, einen "besonders schweren Fall" zu verneinen, wenn sich Unrecht und Schuld als nicht wesentlich erhöht darstellen [10]. Andererseits eröffnet die Formulierung die Möglichkeit, auch weitere ähnliche Sachverhalte als "besonders schweren Fall" zu werten. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die bestimmte Tat der Art nach einem Regelbeispiel ähnlich sein muß; es genügt vielmehr, daß sie ihrer Schwere nach einem Regelbeispiel gleicht und die Voraussetzungen des § 62 erfüllt [11].

A. DAS VERHÄLTNIS DES § 62 ENTWURF 1962 GEGENÜBER DEN EINZELNEN REGELBEISPIELEN

Der Entwurf geht davon aus, daß bei einem Sachverhalt, der die Merkmale eines Regelbeispiels erfüllt, Unrecht und Schuld im Sinne des § 62 in der Regel wesentlich erhöht sind [12]. In einem solchen Fall ist der Richter nicht verpflichtet, im einzelnen die Voraussetzungen des "besonders schweren Falles" zu prüfen und zu begründen. Die in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission aufgetauchten Bedenken [13] und die Ansicht, der Richter müsse zusätzlich zu den Voraussetzungen des Regelbeispiels noch die des § 62 bejahen [14], sind von der Mehrzahl der Mitglieder der Kommission verworfen worden [15].

Nach der richtig verstandenen Konzeption des Entwurfs spricht eine - widerlegbare - Vermutung dafür, daß die Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels die Erhöhung von Unrecht und Schuld indiziert [16]. Nur wenn Anhaltspunkte ge-

9) Nur bei Diebstahl, § 236, Betrug, § 253, Jagdwilderei, § 277 und einigen gemeingefährlichen Delikten werden fünf und mehr Beispiele angeführt.

10) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 185 zu § 62.

11) AMTLICHE BEGRÜNDUNG aaO.

12) AMTLICHE BEGRÜNDUNG aaO.

13) WILKERLING, Niederschriften Bd. XII S. 21.

14) JESCHECK, Niederschriften Bd. XII S. 21.

15) DÜNNEBIER, Niederschriften Bd. XII S. 24; LACKNER, Niederschriften Bd. XII S. 16 und 275; SCHÄFER, Niederschriften Bd. XII S. 23; ebenso die Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des BUNDESJUSTIZMINISTERIUMS, Niederschriften Bd. XII S. 449 (450).

16) Ob diese Auffassung tatsächlich durchgeführt worden ist, wird später zu untersuchen sein.

geben sind, die eine wesentliche Erhöhung von Unrecht und Schuld trotz Vorhandenseins der Merkmale eines Regelbeispiels als zweifelhaft erscheinen lassen, muß der Richter in eine genaue Prüfung der Merkmale des § 62 eintreten und einen "besonders schweren Fall" gegebenenfalls verneinen.

Wenn auch Lackner [17] zuzugeben ist, daß dieser Punkt nicht von allzu großer Tragweite ist, da es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob der Richter beim Vorliegen eines Regelbeispiels zusätzlich § 62 prüft oder nur bei bestimmten Anlässen, bei denen die Voraussetzungen des § 62 zweifelhaft sind, so ist die Frage doch wichtig für die Praxis. Es ist für den Richter eine erhebliche Erleichterung, wenn er bei einem Sachverhalt, der die Merkmale eines Regelbeispiels erfüllt, in den Entscheidungsgründen grundsätzlich keine Ausführungen mehr darüber zu machen braucht, warum in diesem konkreten Fall Unrecht und Schuld wesentlich erhöht sind. Denn dafür spricht nach der Konzeption des Entwurfs 1962 eine gesetzliche Vermutung.

B. DIE EINZELNEN MERKMALE DER REGELBEISPIELE

Der Entwurf verwendet eine Vielzahl tatsächlicher Merkmale zur Charakterisierung der "besonders schweren Fälle" bei den einzelnen Delikten. Es lassen sich hierbei zwei große Kategorien bilden:

a) Die erste Gruppe umfaßt Merkmale, die unmittelbar bei der Ausführung der Tat vorliegen.

Dazu gehören einmal Beispiele, die eine besonders verwerfliche Ausführung der Tat charakterisieren: Hinterlistiger Überfall, § 206 a, rohe Mißhandlung, §§ 206 a, 210, Gewaltanwendung, Drohung, tätlicher Angriff, §§ 210, 384, 424, gemeinschaftliche oder bandenmäßige Begehung, §§ 206 a, 246, 261, 277, Begehung zur Nachtzeit, §§ 277, 280 und ähnliche Merkmale [18]. Zur ersten Kategorie gehört eine weitere Gruppe, die durch den Wert des Angriffsobjektes charakterisiert wird (Sachen von bedeutendem Wert in den §§ 236, 240 253, 256 und 296) oder dem Schutz der Alterssphäre bestimmter Personen dient (§§ 139, 164, 196). Weiter gehören hierzu die Merkmale "besonders schwerer Fälle", die auf persönliche Verhältnisse oder Absichten des Täters abstellen (Mißbrauch der Amtsstellung, §§ 164, 171, 236, 240, 253, 264, 308, 387,

17) Niederschriften Bd. XII S. 24.

18) Auf die Anführung sämtlicher Merkmale kann verzichtet werden, da eine große Anzahl nur einmal im Gesetz auftaucht und nur das betreffende Delikt charakterisiert.

396; gewerbsmäßige Begehung, §§ 236, 253, 266, 308; Gewinnsicht, §§ 167, 196, 264, 272, 275, 308, 338, 413, 433; Absicht, Angst oder Schrecken zu erregen, § 338; Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht, §§ 183, 185, 186, 471, 472, 473 i. V. m. § 474).

b) Die zweite Kategorie umfaßt die Fälle, in denen nach Begehung der Tat ein bestimmter Erfolg eintritt.

Dieser kann einmal im Eintritt des Todes (§§ 139, 154, 164, 167, 171, 338, 396, 413, 422, 424) oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit im Sinne des § 147 Abs. 2 Entwurf 1962 (§§ 154, 164, 167, 205, 207, 246, 247, 253, 256, 261, 282, 338 Abs. 2, 422, 424) bestehen. Zum anderen gehören hierzu die Fälle, in denen durch die Tat ein sonstiger schwerer Schaden verursacht wird (Schwerer Nachteil, §§ 388, 413; Herbeiführung wirtschaftlicher Bedrängnis, §§ 253, 264 und ähnliche Fälle).

c) Dieser lange Katalog verdeutlicht die Absicht des Entwurfs 1962, mit der starren Kasuistik der Qualifikationstatbestände des geltenden Rechts in gewissen Grenzen zu brechen und an deren Stelle elastische "besonders schwere Fälle" zu setzen [19]. In vielen Fällen werden jedoch keineswegs die bisherigen Qualifikationen durch "besonders schwere Fälle" ersetzt, sondern den Tatbeständen des geltenden Rechts, die keine Qualifizierungen kennen [20], sondern höchstens unbenannte "besonders schwere Fälle" enthalten, nunmehr derartige Fälle mit Regelbeispielen zugefügt [21].

1. Der Entwurf verwendet bei verschiedenen Tatbeständen bestimmte Merkmale sowohl zur Charakterisierung "besonders schwerer Fälle" als auch zur Bildung qualifizierter Tatbestände.

a) So ist die berufsmäßige Begehung bei Diebstahl, Betrug und Hehlerei ein "besonders schwerer Fall", während sie bei Raub, räuberischer Erpressung und Landesverrat einen qualifizierten Tatbestand bildet.

b) Die bandenmäßige Ausführung der Tat ist beim Diebstahl ein qualifizierter Tatbestand, bei Raub und räuberischer Erpressung dagegen ein "besonders schwerer Fall".

c) Begeht der Täter gewerbsmäßig Diebstahl, Betrug, Wucher oder ein

---

19) Das wird besonders deutlich bei den Vorschriften über Aussetzung, schweren Diebstahl und Freiheitsberaubung.

20) z. B. fahrlässige Tötung, Landesverrat, landesverräterischer Nachrichtendienst und Meineid.

21) Zur letzten Gruppe gehören Betrug, Untreue und Urkundenfälschung.

Urkundendelikt, so kann er unter Umständen mit der Strafdrohung des Grundtatbestandes rechnen, da in diesen Fällen nur ein "besonders schwerer Fall" gegeben und damit ein Ausweichen möglich ist. Bei Abtreibung (§ 141), Unzucht zwischen Männern (§ 217), Kuppelei (§ 228), Auswanderungsbetrug (§ 258), Erpressung (§ 260), Wilderei (§§ 278, 280 a), Hehlerei (§ 287), Münzverringerung (§ 313), Wertzeichenfälschung (§ 315), Bettelei (§ 354) und Glücksspiel (§§ 358, 359) ist dagegen bei gewerbsmäßiger Begehung stets auf die erhöhte Strafe zu erkennen, da dieses Merkmal hier zum qualifizierten Tatbestand ausgestaltet worden ist.

d) Eine doppelte Verwendung - teils als "besonders schwerer Fall", teils als Qualifizierung - haben auch die folgenden Merkmale gefunden: Der Mißbrauch einer Amtsstellung (vgl. oben S. 32f) und andererseits die §§ 425, 426 und 448), die Herbeiführung von Todesgefahr (§§ 205, 207, 246, 247, 261, 282, 296, 422 und §§ 148, 206 a, 208, 210), die Verursachung des Todes (vgl. oben S. 33 und demgegenüber die §§ 141, 149, 165, 205, 206 a, 207, 208, 210, 246, 247, 261, 282), die Gefahr einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§§ 296, 422 und § 148 Abs. 1), die schwere Schädigung an Körper oder Gesundheit (vgl. oben S. 33 und §§ 141, 149 Abs. 2, 206 a, 208, 210), die Begehung mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 206 a einerseits, § 148 Abs. 2 andererseits), das Handeln aus Gewinnsucht (vgl. oben S. 33 und im Gegensatz dazu § 202), die Drohung mit einem Verbrechen (§§ 171, 396, 422 und § 260), die Herbeiführung wirtschaftlicher Bedrängnis (§§ 253, 264 gegenüber § 260), die Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen oder in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen und das Handeln als Mitglied oder im Auftrag einer bestimmten Gruppe (§ 338 auf der einen, §§ 342, 344 auf der anderen Seite) und der Diebstahl (§ 236) im Unterschied zur Sachbeschädigung (§ 250), begangen an einer Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst und dergleichen.

Es handelt sich also hier um eine verwirrende Vielzahl von Merkmalen, die zum großen Teil auch im Entwurf 1936 zur Erläuterung "besonders schwerer Fälle" verwendet wurden [22] und bei denen es auf den ersten Blick schwerfällt, eine Berechtigung für die unterschiedliche Behandlung zu finden. Ob sich dieser prima-facie-Eindruck bestätigt oder gar vertieft, bleibt der einheitlichen Würdigung im dritten Hauptteil der Arbeit vorbehalten.

2. Bei einigen wenigen Delikten bewirken bestimmte Merkmale, die im übrigen "besonders schwere Fälle" bilden, den Ausschluß eines "minder schweren Falles".

Dazu gehört einmal die gewerbsmäßige Begehung (vgl. oben S. 33 f), die bei Raub und räuberischer Erpressung "minder schwere Fälle" ausschließt, zum anderen

22) Vgl. oben S. 19.

das Merkmal des "hinterlistigen Überfalls" (vgl. oben S. 34), dem die gleiche Bedeutung bei der Notzucht zukommt.

C. DIE FESTLEGUNG DER STRAFRAHMEN BEI "BESONDERS SCHWEREN FÄLLEN"

Nach der Auffassung des Entwurfs 1962 stellen die "besonders schweren Fälle" eine gegenüber dem Durchschnittsfall herausgehobene "Wertgruppe" [23] dar, bei welcher der Regelstrafrahmen des Grunddelikts nicht ausreicht, um den Unwertgehalt der Tat zu erfassen. Der Entwurf 1962 hat deshalb für die "besonders schweren Fälle" erhöhte Strafrahmen vorgesehen. Um zu weitgehende Überschneidungen mit den Regelstrafrahmen zu vermeiden, bestand bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission Einigkeit darüber, daß sich die Mindest- und Höchststrafen der Regelstrafrahmen nicht mit denen der Strafrahmen für "besonders schwere Fälle" decken dürfen [24]. Dieser Grundauffassung entsprechend hat der Entwurf 1962 bei den "besonders schweren Fällen" die Mindest- und Höchststrafen gegenüber den Regelstrafrahmen heraufgesetzt.

Die einzige Ausnahme findet sich bei der Fischwilderei, §§ 279, 280 Entwurf 1962.

Im Gegensatz zu sämtlichen "besonders schweren Fällen" der übrigen Delikte, bei denen die Mindeststrafe niemals unter drei Monate Gefängnis reicht, wenn der Regelstrafrahmen Gefängnis ohne besondere Untergrenze festsetzt [25], ist die Untergrenze hinsichtlich der Gefängnisstrafe bei § 280 gegenüber § 279 nicht erhöht. Wenn auch die Möglichkeit der Verhängung von Strafhaft oder Geldstrafe bei der schweren Fischwilderei entfällt, so bleibt doch die Systemwidrigkeit durch gleiche Gefängnisuntergrenzen bestehen.

Andere Tatbestände, die den gleichen Strafrahmen wie die Fischwilderei des § 279 kennen [26], sehen für "besonders schwere Fälle" stets drei oder sechs Monate Gefängnis als Mindeststrafe vor. Das gilt auch für die vergleichbaren Vorschriften der §§ 163, 196, 471, 472 Abs. 1 und 473, die wie § 279 Strafhaft oder Geldstrafe vorsehen und eine gegenüber der Fischwilderei heraufgesetzte Höchstgrenze der Gefängnisstrafe enthalten (zwei bzw. drei Jahre). Auch diese Bestimmungen lassen in "besonders schweren

23) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 184 zu § 62.

24) Leitsätze der Sachbearbeiter des BUNDESJUSTIZMINISTERIUMS, Niederschriften Bd. V S. 166.

25) Vgl. die §§ 163, 164; 183; 185; 186; 196; 235, 236; 240; 252, 253; 256; 296 Entwurf 1962.

26) §§ 183, 185, 186, 295, 472 Abs. 2 Entwurf 1962.

Fällen" die Möglichkeit der Verhängung von Strafhaft oder Geldstrafe entfallen, setzen aber gleichzeitig die Mindeststrafe auf drei bzw. sechs Monate Gefängnis herauf.

Die Amtliche Begründung zu den §§ 279, 280 enthält keine Erklärung für die Beibehaltung der Untergrenze. Offenbar wollte man bei den Wildereitatbeständen annähernd die Strafgrenzen der §§ 292, 293 StGB beibehalten [27] oder sogar herabsetzen [28], hat dabei aber die sonst peinlich vermiedene Ungenauigkeit begangen, Regelstrafrahmen und "besonders schweren Fall" mit der gleichen Gefängnisuntergrenze auszustatten.

Den Übergang von der Gefängnisstrafe im Grundtatbestand zur Androhung von Zuchthaus in "besonders schweren Fällen" sieht der Entwurf 1962 an drei Stellen vor, und zwar bei der Nötigung zur Unzucht, § 206 a, der Unzucht mit Kindern, § 210, und dem Meineid, § 433. Der Entwurf 1960 hatte diese Konstruktion, welche die Systematik der Strafdrohungen überhaupt berührt, noch nicht vorgesehen; er hatte den Übergang von Gefängnis zu Zuchthaus auch bei benannten "besonders schweren Fällen" nicht zugelassen. Dieses wichtige Problem wird noch später Anlaß näherer Erörterungen sein.

Neben den Regelstrafrahmen und den "besonders schweren Fällen" differenziert der Entwurf 1962 die Strafdrohungen weiter durch ein System "minder schwerer Fälle" (§ 63), besonderer gesetzlicher Milderungsgründe (§ 64) und der Möglichkeit des Absehens von Strafe. Die Problematik dieser Regelung soll im einzelnen nicht näher untersucht werden. Da jedoch diese Umstände auch bei einigen Delikten vorgesehen sind, die zugleich "besonders schwere Fälle" enthalten, kann die Frage der Vereinbarkeit der verschiedenen Fälle miteinander und den Konsequenzen dieser Regelung durchaus von Bedeutung sein.

Der Entwurf 1962 kennt bei zahlreichen Tatbeständen "minder schwere Fälle", die in § 63 als negatives Pendant zu den "besonders schweren Fällen" dann zur Anwendung eines niedrigeren Strafrahmens führen sollen, wenn die wörtlich mit § 62 des Entwurfs übereinstimmenden Merkmale "das Unrecht oder die Schuld wesentlich mindern". Bemerkenswert gegenüber der Definition "besonders schwerer Fälle" ist, daß bei den "minder schweren Fällen" eine alternative Minderung von Unrecht oder Schuld ausreicht.

Die gleichzeitige Verwendung "minder schwerer" und "besonders schwerer Fälle" erfolgt - mit Ausnahme der fahrlässigen Tötung, § 139 - bei verschiedenen zur Hochkriminalität gehörenden Delikten, bei denen schon im Grund-

27) §§ 292 Abs. 2, 293 Abs. 2 StGB und §§ 277, 280 Entwurf 1962.
28) §§ 292 Abs. 1, 293 Abs. 1 StGB und §§ 276, 279 Entwurf 1962.

tatbestand die Zuchthausstrafe angedroht ist, die dann beim Vorliegen eines "besonders schweren Falles" noch verschärft wird [29]. Die vorgesehene Milderung durch "minder schwere Fälle" ermöglicht andererseits den Übergang zur Gefängnisstrafe.

Bei den "besonders schweren Fällen" der Aussetzung, § 139, und der Gründung oder Beteiligung an verbrecherischen Vereinigungen, § 294, hat das Gericht außerdem die Möglichkeit, die für diese Fälle angedrohte Strafe nach seinem Ermessen gemäß § 64 Abs. 2 Entwurf 1962 zu mildern oder sogar von Strafe abzusehen (§§ 139 Abs. 3, 294 Abs. 6 Entwurf 1962).

Ob diese Konstruktion sinnvoll ist, wird sich im weiteren Verlauf der Untersuchung zeigen.

II. DIE RECHTSNATUR DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE"

Vor einer kritischen Auseinandersetzung mit der Konzeption des Entwurfs 1962 hinsichtlich der "besonders schweren Fälle" soll noch deren Rechtsnatur untersucht werden. Im Interesse besserer Übersichtlichkeit und einheitlicher Gedankenführung ist es angebracht, nicht nur die Auffassung des Entwurfs zu referieren und deren Würdigung einem weiteren Kapitel zu überlassen, sondern beides zu verbinden. Denn da das Gesetz zu dieser Frage naturgemäß nicht Stellung nimmt, bleiben als Anhaltspunkt nur die Ansicht der Amtlichen Begründung und die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen. Dieser Umstand rechtfertigt eine zusammenfassende Erörterung.

A. HERKÖMMLICHE AUFFASSUNG DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" ALS STRAFBEMESSUNGSREGELN

Die in der Rechtsprechung [30] einhellig und im Schrifttum [31] mit großer

29) Es handelt sich hierbei um Notzucht, §§ 204, 205, Schändung, § 207, Raub, §§ 245, 246, räuberischen Diebstahl, § 247, räuberische Erpressung, § 261, räuberische Wilderei, § 282, einige Landesverratsbestimmungen, §§ 383, 384, 388, 389 und zahlreiche gemeingefährliche Delikte, §§ 320, 322 Abs. 2, 323, 324 Abs. 2, 327, 329, 330, 331.

30) RG 59, 214 (217 f.); 60, 111 (115); 68, 385 (391); 70, 92 (93); 72, 205 (207); BGH 2, 181 (183); 4, 226 (228); 11, 233 (241); NJW 1953, 1480 (1481); OLG KOBLENZ JZ 1953, 278.

31) BECKER, DJ 1935, 1188 (1191); DROST, Ermessen S. 27; HORN S. 83 ff.;

Mehrheit vertretene Ansicht sieht in den "besonders schweren Fällen" bloße Strafbemessungsregeln.

Die Gerichte hatten sich mit der Frage der Rechtsnatur "besonders schwerer Fälle" immer dann zu befassen, wenn es um die Einordnung einer Straftat nach § 1 StGB ging. Würde es sich bei den "besonders schweren Fällen" um zusätzliche Tatbestandsmerkmale handeln, so wäre der "besonders schwere Fall" eines Vergehens in der Regel ein Verbrechen, da die "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts bis auf wenige Ausnahmen die Zuchthausstrafe androhen. Aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere wegen Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes, hat die Rechtsprechung diese Konsequenz abgelehnt. Entscheidend war hierfür, daß z. B. die Behandlung der Verjährung oder der Strafbarkeit der versuchten Anstiftung unmittelbar aus dem Gesetz folgen müssen und nicht von einer wertausfüllenden Tätigkeit des Richters abhängen dürfen [32]. Nach dieser Ansicht, die zur Ablehnung sowohl der spezialisierenden [33] als auch der konkreten [34] Betrachtungsweise bei § 1 StGB führte, kann sich die Dreiteilung der Straftaten nur auf tatbestandsmäßig festliegende Merkmale beziehen, die aber bei benannten und unbenannten "besonders schweren Fällen" nicht vorhanden sind [35].

Die im geltenden Recht auftauchenden Streitfragen im Hinblick auf die Änderung der Deliktsnatur durch "besonders schwere Fälle" sind im Entwurf 1962 im Sinne der abstrakten Betrachtungsweise durch § 12 Abs. 4 Entwurf 1962 geklärt, wonach Schärfungen in Gestalt "besonders schwerer Fälle" für die Einteilung der Straftaten außer Betracht bleiben. Damit ist aber für die Bestimmung der Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" noch nichts endgültig entschieden, da die Unbeachtlichkeit für die Dreiteilung der Delikte die Rechtsnatur dieser Fälle selbst noch nicht zwingend bestimmt. Die Entscheidung des Entwurfs 1962 für die abstrakte Methode grenzt

---

Fortsetzung der Fußnote 31) von Seite 37:
JAGUSCH (LK) Anm. B II 3 e vor § 13; LOBE, Gutachten zum 32. Juristentag, Bd. I S. 155; H. MAYER, Lehrbuch S. 361; SAUER, Lehrbuch S. 267 und GA 1955, 232 (235); Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 170; SCHÄFER bei Gürtner S. 167 ff.; SPENDEL, NJW 1960, 1700 (1705); WACH in Aschrott-v. Liszt S. 12; WETTERICH S. 5, 80.

32) BGH 2, 181 (183).

33) Vgl. ENGISCH, Anm. zu OLG Frankfurt in SJZ 1946, 232 (233); GUTZKE, NJW 1956, 580 (582).

34) KG in DRZ 1947, 99; DRZ 1947, 162; OLG FRANKFURT in SJZ 1947, 231.

35) Vgl. die auf S. 37 Anm. 30) erwähnten Entscheidungen, insbesondere BGH 2, 181 (183).

lediglich negativ die Wirkungskraft der "besonders schweren Fälle" ab, ohne deren innere Struktur unabänderlich festzulegen.

B. DIE "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" ALS TATBESTANDSMERKMALE

1. Im Hinblick auf § 12 Abs. 4 Entwurf 1962 erscheint allerdings die Ansicht einiger Autoren, die "besonders schweren Fälle" enthielten echte Tatbestandsmerkmale [36], als schon mit dem Gesetzestext schwer vereinbar. Typisch für diese Auffassung ist die Bemerkung von Peters, die unbenannten Strafänderungsgründe seien Tatbestandsmerkmale, die sich durch ihre besondere Unbestimmtheit auszeichneten; als Beispiel führt er die unbenannten "schweren Fälle" der §§ 267 Abs. 3 und 348 Abs. 4 StGB an [37].

2. Eine kleine Korrektur der unter 1. vertretenen Ansicht nimmt Maurach vor, der die "besonders schweren Fälle" nicht als Tatbestandsmerkmale schlechthin, sondern als "indizielle" Tatbestandsmerkmale bezeichnet [38]. Ob sich Maurach damit allerdings gegen die herrschende Lehre wenden wollte, die den "besonders schweren Fällen" gerade keine Tatbestandseigenschaft zuerkennt, erscheint zweifelhaft, da er an anderer Stelle diese Strafschärfungen als "kombinierende Strafzumessungsregel" auffaßt und sie nicht als Tatbestandsmerkmale, sondern nur als "pseudotatbestandliche" Erscheinungsform wertet [39].

3. Die Bezeichnung der "besonders schweren Fälle" als Tatbestandsmerk-

---

36) KOFFKA, Niederschriften Bd. VI S. 23; MITTERMAIER, Gutachten für den 32. Juristentag S. 255 und Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, 169 (171); PETERS, Gutachten S. 16; Kriminalpolitische Stellung S. 35 ff.; v. WEBER, Grundriß S. 89, anders allerdings auf S. 144; WELZEL, Lehrbuch, 2. Auflage 1949 S. 14 hinsichtlich der benannten "besonders schweren Fälle"; diese Ansicht wird von Welzel aber seit der 3. Auflage 1954 nicht mehr vertreten; anscheinend auch HAMANN, Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 52; auch FEISENBERGER, ZStW 31, 948 (951) hält die Bezeichnung der "besonders schweren Fälle" als Tatbestandsmerkmale für durchaus vertretbar.

37) Gutachten S. 16.

38) Anm. zu OLG KOBLENZ in JZ 1953, 279 (280); im Lehrbuch AT S. 657 bezeichnet MAURACH sie als "unverbindlich-indizielle Tatbestandsmerkmale".

39) Materialien Bd. I S. 249 (250).

male stößt auf erhebliche rechtsstaatliche Bedenken, die sich aus dem Erfordernis nach gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit gemäß Art. 103 Abs. 2 GG ergeben.

Ohne in diesem Zusammenhang näher auf die bei dieser Vorschrift im übrigen auftauchenden Probleme eingehen zu müssen, kann eine Tatsache als unbestritten festgehalten werden: Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich zweifellos auf die Tatbestandsmerkmale [40]. Der Gesetzgeber ist deshalb durch diese Vorschrift angewiesen, die Tatbestände klar und deutlich zu formulieren, so daß sie eine eindeutige Grundlage für die Rechtsprechung sein können [41]. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe im Strafgesetz unzulässig ist. Auch das an Art. 103 Abs. 2 GG ausgestaltete Strafrecht kommt nicht ohne allgemeine Klauseln aus, die ihre letzte Bestimmtheit erst durch richterliche Auslegung erhalten [42]. Der dem Gesetzgeber in dieser Weise eingeräumte Spielraum verbietet aber die Verwendung eines Tatbestandsmerkmals, das sich nur dadurch von dem berühmten "Schurkenparagraphen" abhebt, daß das Verhalten des Täters als "besonders schwer" gekennzeichnet ist.

Auch Richard Lange hat darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung der "besonders schweren Fälle" als Tatbestandsmerkmale zu "terminologischer Verwirrung" führe, da das typische Merkmal der Tatbestände, die Ausschließlichkeit, den "besonders schweren Fällen" gerade fehle [43].

Noch klarer wird die Unmöglichkeit der Auffassung, "besonders schwere Fälle" seien Tatbestandsmerkmale, wenn man die Regelung der Fälle im Entwurf 1962 betrachtet. Es bedarf wohl keiner näheren Erörterung, daß ein Tatbestandsmerkmal nicht "in der Regel" vorliegen kann und einer Erweiterung durch analoge Anwendung auf der Schwere nach gleichliegende Fälle unzugänglich ist.

Die Auffassung der "besonders schweren Fälle" als Tatbestandsmerkmale ist deshalb ohne Zweifel abzulehnen.

---

40) PETERS, Gutachten S. 23; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 42; SCHRÖDER, Gutachten S. 75; STREE S. 26.

41) BayVerfGH N.F. Bd. IV Teil II S. 194 (202 f.); BAUMANN, AT S. 92; MAUNZ-DÜRIG (Dürig) Art. 103 II Rdn. 107; H. MAYER, AT S. 76; Materialien Bd. I S. 271; SAX bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner Bd. III 2 S. 1009; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 46.

42) BVerfG 4, 352 (358).

43) Materialien Bd. I S. 82. Daß diese Auffassung auf einer zunehmenden Materialisierung des Deliktsbegriffs beruht, wie LANGE aaO. meint, ist einleuchtend, vgl. ENGISCH, ZStW 66, 339 (367).

C. DIE VERMITTELNDE ANSICHT LANGES UND DER AMTLICHEN BEGRÜNDUNG

Eine Mittelstellung zwischen Strafbemessungsgrund und Tatbestand will Richard Lange den "besonders schweren Fällen" zukommen lassen. Unter Weiterführung des zuerst von Kohlrausch vorgetragenen Gedankens der "Wertgruppenbildung" [44] und der von Engisch [45] begründeten spezialisierenden Betrachtungsweise bei den "besonders schweren Fällen" sieht er diese weder als echte Tatbestandsmerkmale noch als reine Strafbemessungsbestimmungen an [46]. Er bezeichnet die "besonders schweren Fälle" als etwas "Neues, Drittes" [47], das zwischen den entgegengesetzten Polen von Tatbestand und Strafzumessung stehe.

Unter Verwendung von Bildern aus Natur und Technik wertet Lange die "besonders schweren Fälle" einmal als "Zone plastischer Substanz", die zwischen der festen Masse geschlossener Tatbestände und dem flüssigen Element der Strafbemessung liege, zum anderen als "Halbfabrikat" im Unterschied zum Fertigfabrikat kasuistischer Tatbestände und dem Rohmaterial allzuweiten richterlichen Ermessens [48]. Der Gesetzgeber arbeite hier nicht nach dem Prinzip der Konfektion ohne Berücksichtigung der Maße des Einzelfalles, so meint Lange, er überlasse es aber auch nicht dem Richter, nach eigenem Ermessen Maßarbeit zu leisten, sondern Gesetzgeber und Richter stellten gemeinsam "Maßkonfektion" her [49].

Zu Recht stellt Lange fest, diese Erkenntnis von der Mittelstellung der "besonders schweren Fälle" habe dem Entwurf 1927 noch gefehlt [50]. Wie seine Vorgänger sieht auch dieser Entwurf die Alternative nur zwischen kasuistisch formulierten Tatbeständen und freier Ermessensausübung durch den Richter [51]. Als Ursache dieser starren Blickrichtung, die nur die beiden Extreme berücksichtigte, wertet Lange die Forderung nach "Indivi-

---

44) KOHLRAUSCH-LANGE (Kohlrausch), 38. Auflage, § 1 Anm. II 1.

45) Idee der Konkretisierung S. 50 ff., 154; Anm. zu OLG FRANKFURT in SJZ 1946, 232 (233); SJZ 1948, 660 ff.; Anm. zu BGH in JZ 1954, 45 ff.

46) R. LANGE , Materialien Bd. I S. 83; Diskussion beim 41. Juristentag S. D 84; Niederschriften Bd. I S. 121; KOHLRAUSCH-LANGE § 263 Anm. X.

47) R. LANGE Materialien aaO.

48) MATERIALIEN Bd. I S. 83

49) Materialien Bd. I S. 85.

50) Materialien Bd. I S. 83

51) AMTLICHE BEGRÜNDUNG zum Entwurf 1927 S. 57.

dualisierung" [52], von der die Reform des Strafrechts seit ihrem Beginn durchdrungen war [53]; bei dem Verlangen nach Individualisierung habe man aber die Notwendigkeit gleichzeitiger Differenzierung vergessen [54]. An diesem Punkt setzt das anfangs erwähnte Postulat der Wertgruppenbildung ein [55], das - verbunden mit der bereits erörterten exemplifikativen Methode Wachs [56] - ein Optimum an Verteilung gesetzgeberischer und richterlicher Kompetenz gewährleisten soll.

Der Ansicht Langes ist die Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 gefolgt [57]. Sie übernimmt gleichfalls das Schlagwort der Bildung von "Wertgruppen" [58].

Auch in der Literatur finden sich einige Stimmen, die in den Grundgedanken mit der Ansicht von Lange übereinstimmen.

Stein bezeichnet schon 1935 die "besonders schweren Fälle" "gleichsam als unechte qualifizierte Delikte" [59]; in ähnlicher Weise wertet Gallas sie als eine "gelockerte ... Form der qualifizierten Tatbestände" [60]. Dahm ließ die Frage noch offen, ob § 266 Abs. 2 StGB a.F. eine Strafzumessungsvorschrift oder ein Delikt eigener Art ist [61], während Schmidt-Leichner es als einen Zug der Zeit ansieht, zu einer "Art Vertatbestandlichung der Strafzumessungsregeln" zu kommen [62].

Der Unterschied zu der Ansicht Maurachs, die "besonders schweren Fälle" seien "indizielle Tatbestandsmerkmale" [63], ist also nicht sehr groß. Sogar die Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 verwendet an verschiedenen Stellen den Begriff "Tatbestandsmerkmale" im Zusammenhang mit den Regelbeispielen der "besonders schweren Fälle" [64]. Es ist dem Entwurf 1962 sicher nicht zu unterstellen, daß er die

---

52) Materialien Bd. I S. 83; SchwZfStR 1955, 373 (375).
53) Vgl. ROSENFELD, VDA Bd. III S. 141 ff.
54) R. LANGE, Materialien Bd. I S. 83
55) Vgl. oben S. 41, insbesondere Anm. 44).
56) Vgl. oben S. 26
57) S. 180 vor § 60; Vgl. auch DREHER, Stellungnahme des Bundesjustizministeriums, Niederschriften Bd. V S. 29.
58) S. 184 zu § 62.
59) S. 3.
60) Niederschriften Bd. XII S. 280; in Niederschriften Bd. VI S. 23 f. bezeichnet er sie jedoch eindeutig als Strafzumessungsbestimmungen.
61) Anm. zu RG in ZAkDR 1941, 351 (352).
62) Diskussion auf dem 41. Juristentag Bd. II S. D 71.
63) Vgl. oben S. 39
64) So auf S. 144 zu § 26 und auf S. 409 zu § 240

Beispielsfälle als Tatbestandsmerkmale im herkömmlichen Sinne verstanden wissen will; dagegen spricht schon die ausdrückliche Qualifizierung dieser Fälle als dogmatisch nicht leicht faßbare Zwischenform. Umsomehr sollte dann bei der Amtlichen Begründung darauf geachtet werden, die begriffliche Verwirrung nicht noch durch unüberlegte Bezeichnungen zu vergrößern.

D. ZUSAMMENFASSENDE STELLUNGNAHME

Faßt man die bisherigen Erörterungen über die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" zusammen, so lassen sich drei Gruppen bilden: Die herkömmliche Ansicht sieht die "besonders schweren Fälle" als reine Strafbemessungsgründe an, eine geringe Minderheit hält sie für Tatbestandsmerkmale und die durch Lange beeinflußte Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 stellt sie zwischen Tatbestandsmerkmale und Strafbemessungsgründe.

Die Auffassung der "besonders schweren Fälle" als echte Tatbestandsmerkmale ist aus rechtsstaatlichen Gründen bereits abgelehnt worden (vgl. oben S. 39 f). Es bleibt deshalb zu untersuchen übrig, ob die "besonders schweren Fälle" allein der Strafbemessung unterzuordnen sind oder ob sie eine zwischen Tatbestand und Strafbemessung stehende dritte Kategorie darstellen.

Es ist sicher richtig, daß sich die "besonders schweren Fälle" durch die beispielhafte Regelung im Entwurf 1962 tatbestandlicher Ausprägung nähern. Ließe man die Klausel "in der Regel" weg, so wären die "besonders schweren Fälle" von den qualifizierten Tatbeständen nicht mehr zu unterscheiden. Auf der anderen Seite ist von einer sich in unbewußten, gefühlsmäßigen Bahnen bewegenden Strafbemessung nicht mehr viel übrig, da der Richter sich eingehende, durch das Gesetz vorgezeichnete Gedanken machen muß, wenn er einen "besonders schweren Fall" bejahen oder verneinen will. Was liegt also näher, als die "besonders schweren Fälle" zwischen Tatbestand und Strafbemessung einzuordnen?

Man darf sich jedoch durch die scheinbar einfache Fragestellung nicht täuschen lassen. Wenn auch dem "anarchischen" [65] Zustand auf dem Gebiet der Strafbemessung bei den "besonders schweren Fällen" durch tatbestandsähnliche Herausarbeitung von Leitbildern der Kampf angesagt worden ist, so bleibt dennoch die entscheidende Frage, ob damit das Gebiet der Strafbemessung - zumindest teilweise - in Richtung auf die Bildung neuer Tatbestände verlassen worden ist. Es geht mit anderen Worten darum, ob durch die beispielhafte Ausprägung der "besonders schweren Fälle" eine neue Kategorie im bisher zweigliedrigen System von Tatbestand und Rechtsfolge entstanden ist.

---

65) DROST, Ermessen S. 117 und NJW 1955, 1255 (1257).

Gegen die Bildung einer neuen Kategorie wendet sich Schröder [66]. Er rechnet auch beispielhaft erläuterte "besonders schwere Fälle" zu den Strafzumessungsgründen, innerhalb derer eine tatbestandliche Differenzierung nicht möglich sei [67]. Während der Richter bei der Strafzumessung nur individualisiere, also eine Entscheidung für den Einzelfall treffe, so führt Schröder aus, spezialisiere der Gesetzgeber, wenn er den typischen Charakter modifizierender Umstände durch beispielhafte Aufzählung bestimme; der sachliche Gehalt beider Entscheidungen aber sei der gleiche [68].

Die Ansicht Schröders ist jedoch für die Bestimmung der Rechtsnatur "besonders schwerer Fälle" mit gewisser Vorsicht zu behandeln, da er in diesem Zusammenhang auch in den qualifizierten Tatbeständen (antezipierte) Strafzumessungsgründe sieht [69]. Von diesem Standpunkt aus muß er erst recht die "besonders schweren Fälle" der Strafzumessung zuordnen.

Die Rechtsprechung, die auch benannte "besonders schwere Fälle" stets als Strafbemessungsbestimmungen gewertet hat [70], konnte sich mit der Theorie Langes naturgemäß - betrachtet man das Alter der meisten Entscheidungen - nicht auseinandersetzen und - das gilt für die späteren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs - hat es auch nicht getan. Es bestand im übrigen dafür keine Notwendigkeit, da diese Urteile, in denen es zumeist um die Einteilung der Straftaten nach § 1 StGB ging, nur Ausführungen darüber enthielten, ob die "besonders schweren Fälle" geeignet sind, den Deliktscharakter einer Vorschrift zu ändern. Hierfür gibt es nur die beiden Alternativen: benannter Strafänderungsgrund in Gestalt eines besonderen Tatbestandes oder Strafbemessungsgrund, also Änderung oder Beibehaltung der Deliktsnatur. Für eine dritte Variante war und ist dazwischen kein Platz.

Daraus folgt, daß praktische Erfordernisse eine dritte Kategorie im Sinne Langes nicht gebieten.

Aber auch theoretisch kann von einer derartigen Gruppe keine Rede sein. Die tatbestandsähnliche Prägung der Merkmale "besonders schwerer Fälle" betrifft nur das Wie der Regelung, deren Form, nicht aber den systematischen Standort, die innere Struktur der "besonders schweren Fälle". Die Erläuterung der "besonders schweren Fälle" durch Regelbeispiele bezeichnet die Art der Gestaltung, läßt aber den Ort der Zu-

66) Gutachten S. 90 f.; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 37, deutet dieses Problem an, entscheidet sich aber nicht.

67) Gutachten S. 90.

68) Gutachten S. 91.

69) Gutachten S. 83, 91 und Mezger-Festschrift S. 426.

70) Vgl. oben S. 37 Anm. 30).

ordnung unberührt. Diese Fälle gehören allein zur Strafbemessung, sie sind Strafbestimmungsgründe, auch wenn sie durch einige Merkmale charakterisiert sind, die sonst zur Bildung von Tatbeständen verwendet werden [71].

Will man den "besonders schweren Fällen" eine Zwischenform neben Tatbestand und Strafbemessungsgrund zuerkennen, so gerät man im übrigen in Widerspruch zu den "minder schweren Fällen". Diese werden als Gegenstück der "besonders schweren Fälle" angesehen [72]. Im Unterschied aber zu den letzteren werden die "minder schweren Fälle" nicht durch Beispiele im Besonderen Teil des Entwurfs verdeutlicht. Hier fehlt es also an einer tatbestandlichen Ausgestaltung. Die "minder schweren Fälle" müssen deshalb als reine Strafbemessungsregeln behandelt werden. Es wäre aber in höchstem Maße bedenklich, beide Fälle, die in ihrer Grundkonzeption in den §§ 62 und 63 des Entwurfs 1962 fast wörtlich übereinstimmen, dogmatisch in verschiedene Kategorien einzustufen.

Der Standort der "besonders schweren Fälle" liegt vielmehr - wie jener der "minder schweren Fälle" - allein im Bereich der Strafbemessung. Für die in der Amtlichen Begründung des Entwurfs 1962 konzipierte Zwischenform besteht kein praktisches Bedürfnis. Auch systematische Gründe sprechen dagegen, hier eine besondere Kategorie anzunehmen.

---

71) Das ist auch die Ansicht der Rechtsprechung zu den beispielhaft erläuterten "besonders schweren Fällen" des StGB, vgl. BGH 5, 211 zu § 292 Abs. 2 und 11, 233 (241) zu § 129 Abs. 2 StGB.

72) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 185 zu § 63.

DRITTER ABSCHNITT

KRITISCHE WÜRDIGUNG DER "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" IM ENTWURF 1962

I. STELLUNGNAHME UND HINWEIS AUF GRUNDSÄTZLICHE BEDENKEN ZUR KONZEPTION DES ENTWURFS

Bei einer so einschneidenden Neuerung, wie sie der Entwurf 1962 bei den "besonders schweren Fällen" vorgenommen hat, ergeben sich naturgemäß verschiedene Ansätze der Kritik hinsichtlich Art und Ausmaß der Regelung.

Es ist stets von den wenigen Autoren, die sich mit Fragen der Strafbemessung beschäftigt haben, beklagt worden, daß dieser Problemkreis bisher zu sehr vernachlässigt worden sei [1]. Allerdings sind gerade in den dreißiger Jahren einige grundlegende Arbeiten über die Strafbemessung erschienen [2]. Hinsichtlich der Erörterung "besonders schwerer Fälle" ist die Situation jedoch wesentlich schlechter. Während die früheren Strafgesetzentwürfe noch verschiedentlich kurze Reaktionen von Seiten des Schrifttums auf die Gestaltung der "besonders schweren Fälle" hervorriefen, die sich allerdings nur auf eine mehr oder weniger oberflächliche Zustimmung oder Ablehnung beschränkten, ist eine solche Resonanz bei den Entwürfen 1960 und 1962 fast gänzlich zu vermissen. Zwar haben sowohl der 41. als auch der 43. Juristentag (1955 und 1960) teilweise diese Fragen berührt, aber nur in Gestalt von Vorschlägen zur Ausgestaltung "besonders schwerer Fälle". Eine eingehende Auseinandersetzung mit der in den Entwürfen der letzten Jahre zu diesem Komplex getroffenen Regelung ist nicht erfolgt.

Der "Gegenentwurf" 1963 von Baumann [3] befaßt sich auch nur sehr kurz mit der Definition der "besonders schweren Fälle" im Allgemeinen Teil. Die von Mannheim bereits 1921 erhobene Forderung, Strafzumessungsgründe für jedes einzelne Delikt aufzustellen, also einen "Besonderen Teil" der Strafzumessungsleh-

---

1) DREHER, Gerechte Strafe S. 16; HEINITZ, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 22, 259; HELLWIG, MonKrim 28, 184; LAMMASCH, GerS 44, 147 (198); SPENDEL, Lehre vom Strafmaß S. 15 ff.

2) Vgl. DROST, Ermessen; EXNER, Strafzumessungspraxis; GRASSBERGER, Strafzumessung; PETERS, Kriminalpolitische Stellung.

3) Recht und Staat Bd. 274/275.
Eine kurze Auseinandersetzung mit der Definition der "besonders schweren Fälle" findet sich außerdem bei SPENDEL, NJW 1960, 1700 (1705); vgl. auch BAUMANN, GA 1964, 193 (202); LACKNER, JZ 1963, 617 (622); LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 33 ff.

re zu schaffen [4], hat zwar der Entwurf 1962 bei vielen Delikten verwirklicht, an einer Kritik daran fehlt es aber völlig.

Bevor deshalb die "besonders schweren Fälle" im einzelnen näher untersucht werden, erscheint es angebracht, auf einige Bedenken grundsätzlicher Art hinzuweisen, die im Schrifttum geäußert worden sind.

A. AUSDEHNUNG DES RICHTERLICHEN ERMESSENS

Man hat verschiedentlich, insbesondere im Hinblick auf frühere Strafgesetzentwürfe, Bedenken gegen die Zunahme richterlicher Ermessensbefugnisse durch die Einführung der "besonders schweren Fälle" geltend gemacht [5]. Darin kommt einmal das Mißtrauen gegen eine von gesetzlichen Bindungen allzu frei gestellte Rechtsprechung zum Ausdruck, zum anderen sieht man den um Gerechtigkeit bemühten Richter durch das Fehlen gesetzlicher Anhaltspunkte als in seinen Aufgaben überfordert an. Bezeichnend für diesen Gesichtspunkt ist die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu den "Grundfragen der Strafrechtsreform", in der die Beseitigung der Strafdrohungen für "besonders schwere Fälle" verlangt wird, da dieses Rechtsinstitut wegen seiner Unbestimmtheit den Argwohn des rechtlich denkenden Menschen hervorrufe [6]. Wie stark die Diskussion um die "besonders schweren Fälle" auch von politischen Gesichtspunkten belastet war, zeigen die Beratungen des Strafrechtsausschusses des Deutschen Reichstages in den Jahren 1928 bis 1931, bei denen kommunistische Abgeordnete die Streichung des § 77 Entwurf 1927 über die "besonders schweren Fälle" verlangten, um der Möglichkeit richterlicher Willkür vorzubeugen [7].

Da die Frage der Ermessensbefugnis des Strafrichters von erheblicher Bedeutung bei der Ausgestaltung "besonders schwerer Fälle" ist, erscheint eine kurze Untersuchung über das Verhältnis von gesetzlicher Bindung und richterlicher Freiheit bei der Strafbemessung angebracht.

1. Die Freiheit des Richters bei der Strafbemessung liegt innerhalb der Grenzen, die das Gesetz ihm gewährt. Das Augenmerk muß sich auf die Frage

---

4) ZStW 42, 40 (49).

5) Vgl. oben S. 14 Anm. 64) und S. 16 Anm. 77).

6) DRiZ 1954, 157 (158); auf ähnliche Bedenken der Praktiker weist auch WILKERLING, Niederschriften Bd. XII S. 21 hin.

7) Abgeordneter Dr. Alexander, Protokolle 1928/1929, 18. Sitzung vom 7.11. 1928, S. 14; Abgeordneter Dr. Löwenthal, Protokolle 1930 bis 1932, 13. Sitzung vom 12.2.1931, S. 9.

richten, wie diese Grenze zu ziehen ist.

Während der Gesetzgeber abstrakt die einzelnen Straftaten bewertet, wendet der Richter diese Vorwertung durch das Gesetz auf den konkreten Einzelfall an. Der Gesetzgeber gibt also den Rahmen, in den der Richter die verschiedenen Erscheinungsformen des Delikts einzuordnen hat.

Über die Notwendigkeit dieser Arbeitsteilung besteht heute Einigkeit [8]. Streitig ist allein die Reichweite der gesetzlichen Bindung. Es gilt hier, das rechte Maß zu finden zwischen der Forderung nach rechtsstaatlicher Sicherheit und gerechter Beurteilung des Einzelfalls [9].

W a r d a [10] sieht es als einen Verstoß gegen die Verfassung an, wenn der Gesetzgeber dem Richter nur unzureichende Bindungen gegeben hat und diese Bindung den Erfordernissen der Gerechtigkeit nicht widerstrebt hätte. Demgegenüber ist S t r e e [11] der Ansicht, dem Verfassungsrecht sei kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, inwieweit der Gesetzgeber dem Richter bindende Weisungen zu erteilen habe. Nach seiner Ansicht stehe es dem Gesetzgeber offen, sich für mehr oder weniger Bindung zu entscheiden, solange er dabei nicht willkürlich verfahre [12].

2. Einer abschließenden Stellungnahme zu diesen unterschiedlichen Meinungen bedarf es nicht, wenn man folgendes berücksichtigt:

Die Frage nach dem Umfang der Bindung des Richters durch den Gesetzgeber ist im Grunde eine Abgrenzung zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Die Rechtssicherheit gebietet möglichst straffe Anweisungen des Gesetzgebers an den Richter, während im Interesse der Gerechtigkeit ein etwas weiterer Ermessensspielraum durchaus angemessen sein kann. Der Konflikt zwischen diesen beiden wesentlichen Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzips [13] kann niemals endgültig und für alle Fälle, bei denen ein derartiger Widerstreit entstehen kann, gleichmäßig gelöst werden. Ein Gesichtspunkt muß hierbei aber stets beachtet werden: Der Gesetzgeber darf seine Funktionen nicht dem Richter übertragen [14] oder, wie B o c k e l -

8) Vgl. STREE S. 6.

9) SCHRÖDER, Gesetz und Richter S. 29; vgl. auch HOLLAND S. 80; H. MAYER, Strafrechtsreform S. 108; TODT, Lehre von der Strafzumessung S. 2.

10) ZStW 71, 252 (276 ff., insbesondere 280).

11) S. 6.

12) STREE S. 6, der sich dabei auf die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stützen kann, vgl. BVerfG 3, 225 (237 f.).

13) BVerfG 2, 380 (403); 3, 225 (237); 7, 89 (92); 7, 194 (196); WARDA, ZStW 71, 252 (276).

14) CLASS, Schmidt-Festschrift S. 132; FREY S. 37; KOHLRAUSCH-LANGE § 89

mann [15] es ausdrückt, man dürfe zwar vom Richter das Höchste fordern, aber nur dann, wenn das anzuwendende Gesetz über jeden Zweifel erhaben sei.

Für richterliches Ermessen ist nur dann Platz, wenn eine bindende Entscheidung des Gesetzgebers mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbaren ist. Ein gewisses Primat der Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit ist besonders im Strafrecht nicht zu leugnen, da hier durch Art. 103 Abs. 2 GG ungleich stärkere Bindungen bestehen als auf anderen Rechtsgebieten. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit kann das Strafrecht nur "fragmentarischer Natur" [16] sein, da der Gesetzgeber alle an sich strafwürdigen Fälle niemals voraussehen kann. Auch wenn es dem Gerechtigkeitsempfinden entspräche, analoge Fälle zu bestrafen, steht der Analogie das stärkere Verlangen nach Rechtssicherheit entgegen.

Für den Vorrang der Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit haben sich in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission nur Dreher [17] und Lange [18] ausgesprochen, denen im übrigen die Ausgestaltung der "besonders schweren Fälle" wohl am meisten am Herzen lag. Sie sind mit dieser Ansicht bei zahlreichen anderen Mitgliedern der Kommission auf Widerspruch gestoßen [19], die gleichzeitig ein gewisses Mißtrauen gegen die "besonders schweren Fälle" zum Ausdruck brachten [20].

Wenn der Entwurf 1962 die "besonders schweren Fälle" dann doch in der von Dreher und Lange konzipierten Form geregelt hat, bedeutet dies keineswegs eine bedenkliche Vernachlässigung der Rechtssicherheit. Diese Ansicht würde höchstens für die unbenannten "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts

---

Fortsetzung der Fußnote 14) von Seite 48:
Anm. VIII; SARSTEDT, Referat S. D 30; Eb. SCHMIDT, Gesetz und Richter S. 8; SCHRÖDER, Gesetz und Richter S. 18 f.

15) Smend-Festschrift Bd. III S. 38.

16) BINDING, Lehrbuch BT Bd. I S. 20; ebenso: ADOLF ARNDT, Carlo-Schmid-Festgabe S. 17; HAMANN S. 50; PETERS, Grundfragen der Strafrechtsreform S. 35; SAX S. 930.

17) Niederschriften Bd. IV S. 296; Bd. V S. 28.

18) Niederschriften Bd. IV S. 297.

19) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. V S. 37 f.; FRITZ, Niederschriften Bd. IV S. 300; DÜNNEBIER, Niederschriften Bd. V S. 38; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 34.

20) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. V S. 12 f.; FRITZ, Niederschriften Bd. IV S. 300; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 12; ebenso im Ergebnis WELZEL, Niederschriften Bd. V S. 13.

zutreffen, die von einer "Resignation des Gesetzgebers" [21] bei der Bewertung der Straftaten zeugen. Durch die Anführung von Regelbeispielen bei den "besonders schweren Fällen" hat der Entwurf 1962 dem Richter vielmehr Hinweise gegeben, die ihm die Strafbemessung erleichtern können.

Die Tendenz des Entwurfs 1962, auch bei den "besonders schweren Fällen" den Grundsätzen von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in möglichst hohem Maße zu entsprechen, ist nicht zu verkennen. Wenn man sich die meist unbenannten "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts vor Augen hält, die zudem in der Regel den Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe androhen, kann man den Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, den die "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 mit sich bringen, nicht übersehen.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob man nicht auf "besonders schwere Fälle" überhaupt verzichten sollte. Es ergäbe sich dann die Notwendigkeit, bei kriminologisch faßbaren Erschwerungen qualifizierte Tatbestände zu bilden und im übrigen die Strafrahmen zu erweitern. Die Kasuistik hat den Vorzug, den in jeder Ermessensausübung liegenden Verdacht der Willkür zu beseitigen und gewährleistet eine gleichmäßige Anwendung des Strafgesetzes. Sie ist unbedingt immer dann zu empfehlen, wenn der qualifizierte Tatbestand seinem Wortlaut nach Fälle umfaßt, die sich in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt nur unwesentlich voneinander unterscheiden.

> Namhafte Autoren haben deshalb auch vor einer zu weitgehenden Ablehnung der Kasuistik gewarnt und demgegenüber ihre maßvolle Verwendung den in richterlicher Ermessensbetätigung ruhenden Unsicherheitsfaktoren vorgezogen [22].

Eine derartige Möglichkeit versagt jedoch bei verschiedenen Fällen, in denen zwar ein Bedürfnis zur Ahndung erschwerter Taten besteht, diese aber sehr unterschiedliche Sachverhalte umfassen können, die sich einer vorherigen Festlegung durch den Gesetzgeber entziehen. Die Strafwürdigkeit derartiger Fälle könnte dann nur durch sehr weite Strafrahmen erfaßt werden. Daß gegen allzu umfangreiche Strafrahmen, die den Richter ohne die geringste Führung lassen, erhebliche rechtsstaatliche und kriminalpolitische Bedenken bestehen, braucht nicht näher ausgeführt zu werden [23].

Die Zwischenlösung, die der Entwurf 1962 in Gestalt der "besonders schweren Fälle" unter Vermeidung starrer Kasuistik einerseits und weiter Strafrahmen andererseits anbietet, kann deshalb als grundsätzlich geeigneter Weg angesehen werden, zwi-

---

21) KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. VII vor § 1.

22) DROST, Ermessen S. 204; NJW 1955, 1255 (1256); SARSTEDT, Referat S. D 49; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 34; SPENDEL, NJW 1960, 1700 (1705).

23) Vgl. SARSTEDT, Referat S. D 42 ff.

schen diesen Extremen zu vermitteln. Auch die Autoren, die einem zu weiten Ermessensspielraum des Strafrichters die starre Kasuistik qualifizierter Tatbestände vorziehen, billigen ohne weiteres eine beispielhafte Ausgestaltung durch "besonders schwere Fälle" [24], obwohl dem Richter hierbei erheblich mehr Ermessen eingeräumt wird als im Falle bindender Qualifikationen.

Grundsätzlich zuzustimmen ist auch der "in der Regel"-Formel, die in dieser Weise zum ersten Mal von Kohlrausch [25] vorgeschlagen wurde. Ob sich diese Klausel in der Praxis allerdings bewähren wird, bleibt offen. Bei der seit Jahrzehnten beklagten Tendenz der Gerichte zur Milde [26] könnte es durchaus dahin kommen, daß die Gerichte zu häufig bei Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels dennoch in die Grundstrafdrohung ausweichen, da die Beispiele nicht zwingend sind [27]. Andererseits würden zwingende Beispiele wieder die Nachteile zu starrer Kasuistik mit sich bringen, die gerade vermieden werden sollten [28].

Dieser Einwand gilt auch für den Vorschlag Hellmuth Mayers [29], der den "besonders schweren Fall" des Diebstahls ähnlich der Vorschrift des § 292 Abs. 2 StGB konstruieren will:

> Ein "besonders schwerer Fall" des Diebstahls soll vorliegen,
> "1. wenn der Täter eine besonders befriedete Sache stiehlt, insbesondere wenn er
> a) einbricht, einsteigt, ...,

24) DROST, Ermessen S. 205; SARSTEDT, Referat S. D 49 f.

25) bei Gürtner, BT S. 484.

26) Vgl. EXNER, Strafzumessungspraxis S. 23.

27) Die gleichen Bedenken hatten auch LANGE, Niederschriften Bd. V S. 12 und SARSTEDT, Referat S. D 50.

28) Vgl. insbesondere den der Entscheidung des OLG KOBLENZ in JZ 1953, 278 zu § 292 Abs. 2 StGB zugrunde liegenden Sachverhalt:
Ein unterarmamputierter Invalide hatte in einem Weinberg eine Drahtschlinge angebracht, um Wildkaninchen oder Hasen für einen Weihnachtsbraten zu fangen. Er wurde überrascht, bevor er noch eine weitere Schlinge anbringen konnte.
Nach § 292 Abs. 2 StGB war der Täter wegen der zwingenden Natur der Beispiele dieser Vorschrift mit mindestens drei Monaten Gefängnis zu bestrafen. Die abweichende Ansicht des OLG KOBLENZ aaO. hat sich nicht durchgesetzt, vgl. BGH 5, 211.

29) Strafrechtsreform S. 75.

b) aus einer Kirche ... stiehlt,

2. wenn der Täter eine für die Allgemeinheit wichtige Sache stiehlt, insbesondere wenn er

a) eine Sache von Bedeutung für Kunst ... ,

b) eine Sache stiehlt, die ihm als Amtsträger zugänglich geworden ist, ... ".

Einen wesentlichen Fortschritt gegenüber § 243 StGB bietet diese Formulierung nicht, da sie gerade die beim schweren Diebstahl bemängelten Nachteile starrer Kasuistik nicht beseitigt [30] und außerdem durch Voranstellung allgemeiner Klauseln ("besonders befriedete Sache", "für die Allgemeinheit besonders wichtige Sache") den Anwendungsbereich der Vorschrift gegenüber § 243 StGB erheblich ausdehnt.

Die Grundhaltung des Entwurfs 1962, von den unbenannten "besonders schweren Fällen" des geltenden Rechts abzugehen und dem Richter durch Leitbilder bestimmte Wertmaßstäbe in die Hand zu geben, ist zu begrüßen.

Ob allerdings von dieser theoretisch guten Ausgangsposition bei der praktischen Ausgestaltung der rechte Gebrauch gemacht worden ist, bleibt noch zu erörtern. Die Gefahr einer auf den ersten Blick so bestechend erscheinenden Neukonstruktion, wie es die "besonders schweren Fällen" sind, liegt nicht zuletzt in ihrer übermäßigen Verwendung ohne Rücksicht auf praktische und theoretische Notwendigkeiten. Daß sich diese Vermutung bestätigt, wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch zu zeigen sein.

Es kann im übrigen jedoch keine Rede davon sein, daß der Gesetzgeber bei den "besonders schweren Fällen" im Entwurf 1962 der richterlichen Ermessensfreiheit in der Regel nur unzureichende Bindungen auferlegt hat. Ob die Ansicht von Warda [31] zutreffend ist, braucht deshalb nicht untersucht zu werden, da ihr hinsichtlich der "besonders schweren Fälle" die Grundlage fehlt. Warda selbst ist auch keineswegs der Meinung, diese Fälle seien verfassungswidrig [32].

3. In den letzten Jahren ist allerdings von einigen wenigen Autoren die Ansicht vertreten worden, die "besonders schweren Fälle" verstießen gegen den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit [33], also gegen Art. 103 Abs. 2 GG oder - nicht ganz so scharf formuliert - seien rechtsstaatlich bedenklich [34].

---

30) Vgl. insbesondere den Fall des invaliden Wilderers auf S. 51 Anm. 28).

31) Vgl. oben S. 48.

32) Dogmatische Grundlagen S. 94 f.

33) HAMANN S. 52

34) BAUMANN, Gegenentwurf S. 49 und Lehrbuch, AT S. 564 hinsichtlich der "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts; NIESE, Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 75; Vgl. auch FREY S. 37, der im Interesse von Rechtssicherheit

a) Wenn Hamann [35] meint, durch die "besonders schweren Fälle" werde der Rahmen des Tatbestandes gesprengt und das Prinzip der Tatbestandsbestimmtheit verletzt, so übersieht er bei seinen nicht sehr ausführlichen Feststellungen, daß die "besonders schweren Fälle" keine Tatbestandsmerkmale zum Inhalt haben [36]. Es ist also keineswegs bedenklich, daß der "besonders schwere Fall" den Rahmen des Tatbestandes sprengt, sondern es liegt in seinem Wesen, außerhalb der Tatbestandsmerkmale als Strafbemessungsgrund gewertet zu werden.

Damit sind jedoch die aus Art. 103 Abs. 2 GG hergeleiteten Bedenken noch nicht ausgeräumt. Zwar spricht diese Vorschrift nur davon, daß die "Strafbarkeit" gesetzlich bestimmt sein muß, so daß verschiedentlich der Standpunkt vertreten wird, die Straffolgen blieben davon unberührt [37], doch ist die herrschende Meinung unter Berufung auf die eindeutige Entstehungsgeschichte der Ansicht, Art. 103 Abs. 2 GG enthalte auch das Gebot einer gesetzlich bestimmten Strafe [38].

Wie Stree [39] mit Recht festgestellt hat, wirken sich diese unterschiedlichen Auffassungen nicht aus, wenn es sich allein um die "Bestimmtheit" der Strafe handelt. Beide Ansichten halten relativ bestimmte Strafen für zulässig, absolut unbestimmte Strafen dagegen für unzulässig. Daß relativ bestimmte Strafen unbedenklich sind und sein müssen, ist ohne weiteres einzusehen und bedarf keiner näheren Begründung. Die Unzulässigkeit absolut unbestimmter Strafen ergibt sich für die herrschende Ansicht, welche die Wirkungen des Art. 103 Abs. 2 GG auch auf die Straffolgen bezieht, von selbst. Aber auch diejenigen Autoren, die Art. 103 Abs. 2 GG nicht auf die Straffolgen anwenden wollen, lehnen absolut unbestimmte Strafen ab [40], da nach ihrer Ansicht aus den angedrohten Stra-

---

Fortsetzung der Fußnote 34) von Seite 52:
und Rechtsgleichheit Bedenken gegen die Verwendung von Kautschukbegriffen wie "in der Regel" äußert, allerdings nur in Zusammenhang mit der Verhängung sichernder Maßnahmen.

35) S. 52.

36) Vgl. oben S. 39 f.

37) PETERS, Gutachten S. 23; SCHRÖDER, Gutachten S. 76; WELZEL, Lehrbuch S. 18.

38) BGH 3, 362; Baumann, AT S. 62; DAHS, Niederschriften Bd. I S. 123; KOHLRAUSCH-LANGE, § 2 Anm. I; LANGE, Niederschriften Bd. I S. 116; MAUNZ-DÜRIG (Dürig) Art. 103 Abs. 2 Rdn. 108; MAURACH, AT S. 76, 654; MEZGER-BLEI, AT S. 28; SAX S. 1006; STREE S. 32.

39) S. 22.

40) PETERS, Gutachten aaO.; SCHRÖDER, Gutachten aaO.

fen wenigstens die Deliktsnatur zu erkennen sein muß. Das ist aber bei absolut unbestimmten Strafdrohungen nicht der Fall.

Wenn man nun die "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG untersucht, so ist zunächst festzustellen, daß sie dem Richter erheblich mehr Bindungen auferlegen als die unbenannten "besonders schweren Fälle" heutiger Prägung. Darin ist sicher ein Gewinn an Rechtsstaatlichkeit zu sehen. Man darf es sich allerdings nicht so einfach machen wie verschiedene Mitglieder der Großen Strafrechtskommission, die aus der Tatsache, daß bisher die unbenannten "besonders schweren Fälle" für verfassungsrechtlich zulässig gehalten wurden, folgerten, die "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 müßten dann erst recht rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen [41]. Denn daß bisher kein Richter dem "besonders schweren Fall" des geltenden Rechts die Verfassungswidrigkeit bescheinigt hat, schließt einen möglicherweise trotzdem vorhandenen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht aus.

Dennoch kann davon ausgegangen werden, daß Zweifel verfassungsrechtlicher Art hier nicht bestehen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich für das Strafrecht nur die Notwendigkeit, daß die Strafrahmen in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verhalten des Täters stehen müssen und nicht "schlechthin unangemessen" [42] sind.

So hat auch das Bundesverfassungsgericht die in § 175 a StGB angedrohten Strafen (unter Einbeziehung mildernder Umstände Gefängnis nicht unter drei Monaten bis zu zehn Jahren Zuchthaus) für verfassungsmäßig angesehen [43]. Selbst Art. VIII MilRegG 53 a.F., der einen Verstoß gegen dieses Gesetz mit jeder gesetzlich zulässigen Strafe mit Ausnahme der Todesstrafe bedrohte, wobei die Auswahl der Strafe im Ermessen des Gerichts lag, wurde für verfassungsrechtlich einwandfrei gehalten [44].

Wenn auch diese letzte Entscheidung nicht unbedenklich ist, da die in Art. VIII MilRegG 53 a.F. angedrohte Strafe einer unbestimmten Strafdrohung nahezu gleichkommt, so ist doch die Tendenz der Rechtsprechung nicht zu verkennen, dem Strafgesetzgeber einen nicht zu engen Spielraum zu geben. Wenn der Gesetzgeber schwerpunktmäßig die verschiedenen Stufen des Strafrahmens durch schwerere und

41) LANGE, Niederschriften Bd. I S. 138; Bd. IV S. 298; Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 83; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 39; TRÖNDLE, Niederschriften Bd. V S. 9.

42) BVerfG 1, 332 (348); 6, 389 (439).

43) BVerfG 6, 389 (439).

44) BGH 13, 190 (191).

leichtere Fälle bestimmt, ist der Verfassung genüge getan [45]. Bestimmt der Gesetzgeber zusätzlich die schwereren Fälle durch beispielhafte Leitbilder wie der Entwurf 1962, so ist er noch über das Mindestmaß rechtsstaatlicher Anforderungen hinausgegangen.

Baumann allerdings erscheinen die "besonders schweren Fälle" des § 62 Entwurf 1962 als rechtsstaatlich nicht völlig ausreichend [46]. Anstelle der Definition des Entwurfs, die naturgemäß etwas weit gefaßt sein muß, da sie nur Anhaltspunkt für die im einzelnen im Besonderen Teil geregelten Fälle sein soll, schlägt Baumann eine rechnerische Ermittlung des "besonders schweren Falles" vor.

> Während er in § 42 Abs. 2 seines Entwurfs zahlreiche Umstände aufzählt, die für oder gegen den Täter wirken können - vergleichbar dem § 60 Abs. 2 Entwurf 1962 - soll ein "besonders schwerer Fall" anzunehmen sein, wenn "mindestens zwei Drittel der in § 42 Abs. 2 genannten Umstände zum Nachteil des Täters wirken" (§ 44 Entwurf Baumann). Baumann will auch mit dieser Bestimmung der Grundauffassung eines Entwurfs entsprechen, der Rechtssicherheit und Bestimmtheit der Rechtsfolgen von Vorrang vor der gerechten Beurteilung des Einzelfalles zu geben [47].

Die Verwendung mathematischer Gesichtspunkte zur Strafbemessung wurde in der jahrzehntelangen Geschichte der Reformbestrebungen vereinzelt befürwortet [48], hat sich aber niemals durchsetzen können.

---

45) JESCHECK, Diskussion beim 41. Juristentag Bd. II S. D 63; Sax S. 1014.

46) Gegenentwurf S. 49;
GA 1964, 193 (199).

47) MDR 1963, 802 (804).

48) GRASSBERGER S. 79 ff.; LAMMASCH, GerS 44, 147 (199 ff.); MEDEM, GerS 40, 161 (179 ff.). Die wohl absurdeste Form mathematischer Berechnung, die auf diesem Gebiet vorgekommen ist, enthält der bei WETTERICH S. 196 zitierte "Versuch, die Größe der Gesetzwidrigkeiten gegen die Person und das Eigentum und das Strafmaß nach einem rechnerischen Verhältnis zu bestimmen" des Kriminalrats von SAUTEN aus dem Jahre 1817: "Multipliziere den Grad, welchen der Verbrecher in der allgemeinen Rangordnung der Verbrechen einnimmt, mit dem Grad der Stärke des verbrecherischen Willens; doch rechne ihm von dem Produkt nur soviel an, als ... der erlittene Antrieb durch die moralischen Urheber seine Verschuldung nicht mindert. Hiermit multipliziere die addierten Grade der Extension, der Protension und des gestifteten Schadens. Das Produkt ist die Größe der Verschuldung." Ein System mathematischer Bestimmung der Strafzumessung kennt auch das italienische

Daß sich gegen die mathematische Berechnung der Strafbemessungsgründe nur verhältnismäßig wenige Stimmen erhoben haben [49], liegt nicht etwa am Fehlen überzeugender Gegenargumente, sondern an den offensichtlichen Unzulänglichkeiten dieser Systeme, die von vornherein nicht geeignet waren, eine nähere Auseinandersetzung hervorzurufen. Wenn auch die Formulierung Gleichspachs, Mathematik im Strafgesetz sei die Begleiterscheinung einer niedrigen Kulturstufe [50], sehr überspitzt klingen mag, liegt ihr dennoch die richtige Erkenntnis zugrunde, daß die rechnerische Behandlung der Strafbemessungsgründe unvereinbar ist mit den Forderungen, die an ein modernes Strafgesetzbuch zu stellen sind.

Die kriminalpolitische Rückschrittlichkeit, die Eberhard Schmidt dem Entwurf Baumanns vorgeworfen hat [51], bestätigt sich bei der Behandlung der "besonders schweren Fälle". Ein Strafrecht, das sich nicht zuletzt auch um die gerechte Beurteilung des einzelnen Täters bemühen muß, kann sich nicht auf ein schematisches Abzählen von Strafbemessungsgründen beschränken, sondern es muß dem Richter die Möglichkeit bieten, zwischen den verschiedenen Gründen abzuwägen. Andernfalls würde der Richter zur bloßen Rechenmaschine herabgewürdigt, die im übrigen gerade beim Entwurf Baumann nach einem nicht richtig funktionierenden System arbeiten müßte [52].

Der Vorschlag Baumanns ist also nicht geeignet, die Bestimmung über die "besonders schweren Fälle" zu verbessern. Sein Verlangen nach Rechtsstaatlichkeit ist in diesem Fall ein bloßes Festhalten an einer wegen ihrer Ungeeignetheit überholten, mit theoretischen und praktischen Mängeln behafteten Regelung.

b) Bedenken können allerdings diejenigen "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 hervorrufen, die den Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe ermöglichen (§§ 206 a, 210 und 433 Entwurf 1962).

So sah beispielsweise schon der Gegenentwurf von 1911 die Knüpfung der Zuchthausstrafe an den bloßen Begriff des "besonders schweren Falles" als Verstoß gegen den Grundsatz "nulla poena sine lege" an [53], da durch die Zuchthaus-

---

Fortsetzung der Fußnote 48) von Seite 55:
Strafgesetzbuch, vgl. L. SCHMIDT, Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung S. 124.

49) GLEISPACH, ÖstZfStR 1910, 330 (340); HOEGEL, Straffälligkeit und Strafzumessung S. 101; GerS 71, 378 (394); LACKNER, JZ 1963, 617 (622); SPENDEL S. 187 sieht in derartigen Versuchen "skurrile Konstruktionen".

50) ÖstZfStR 1910, 330 (340).

51) MDR 1963, 629 (632).

52) Vgl. die Beispiele bei LACKNER, JZ 1963, 617 (623).

53) Begründung zum Gegenentwurf S. 118; ebenso v. LISZT in Aschrott-v. Liszt S. 373 (381); dagegen OLSHAUSEN, Kritische Bemerkungen S. 43.

strafe ein neuer selbständiger Tatbestand geschaffen werde; jeder selbständige Tatbestand müsse aber bestimmt formuliert sein.

Rechtsstaatliche Bedenken hatten auch einige Mitglieder der Großen Strafrechtskommission [54], ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG wird jedoch von ihnen nicht direkt erwähnt.

Die Verfassungswidrigkeit dieser drei Bestimmungen ist aber nicht nachzuweisen. Eine Strafdrohung ist selbst dann hinreichend bestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG, wenn dem Richter die Wahl zwischen der Gefängnis- und der Zuchthausstrafe offensteht [55]. Wenn man die oben erwähnten Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts [56] berücksichtigt, so ist die Zuchthausstrafe bei den beispielhaft charakterisierten Fällen der schweren Nötigung zur Unzucht, der Unzucht mit Kindern und des Meineides (§§ 206 a, 210, 433 Entwurf 1962) durchaus dem Unrechts- und Schuldgehalt derartiger Taten angemessen.

Die gegen diese drei Vorschriften erhobenen Einwände liegen auch nicht so sehr auf verfassungsrechtlicher als vielmehr auf grundsätzlicher Ebene.

Es wird vor allem die Ansicht vertreten, die Androhung der Zuchthausstrafe in "besonders schweren Fällen" verstoße gegen die Grundauffassung des Entwurfs, die Zuchthausstrafe im Gegensatz zum geltenden Recht nur in Fällen ausgesprochener Hochkriminalität vorzusehen [57]. Die Große Strafrechtskommission hatte in einer Grundsatzdebatte beschlossen, trotz verschiedener gewichtiger Zweifel die Zuchthausstrafe beizubehalten, sie aber auf Fälle der Hochkriminalität zu beschränken [58]. Die Zuchthausstrafe sollte dazu dienen, den Täter nach außen hin "abzustempeln" [59]. Sie war nur für solche Taten bestimmt, die aus sich selbst

---

54) BALDUS, Niederschriften Bd. IV S. 399; Bd. V S. 66 f.; LANGE, Niederschriften Bd. V S. 11; v. STACKELBERG, Niederschriften Bd. V S. 68.

55) DREHER, GA 1953, 129 (135); STREE S. 23.

56) BVerfG 1, 332 (348); 6, 389 (439).

57) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. V S. 38; FRITZ, Niederschriften Bd. V S. 17, 37; GALLAS, Niederschriften Bd. V S. 14, 38 f.; JESCHECK, Niederschriften Bd. IV S. 399; LACKNER, Niederschriften Bd. IV S. 311; Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 12, 35, 170; SCHWALM, GA 1964, 257 (264).
Die Zuchthausstrafe wurde auf rund 30 % der bisher zuchthauswürdigen Fälle beschränkt, vgl. LACKNER, Niederschriften Bd. IV S. 309.

58) Leitsätze zur Grundsatzfrage 5 a, Niederschriften Bd. I S. 360 und Ergebnis der Abstimmung Bd. I S. 112; vgl. außerdem die AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 164 zu § 43.

59) FRITZ, Niederschriften Bd. V S. 17.

heraus diesen schweren Makel verdienen. Lediglich bei den Delikten, deren Unrechts- und Schuldgehalt - unabhängig von den Geschehnissen des Einzelfalls - in jeder Hinsicht die Zuchthausstrafe fordert, sollte sie aus generalpräventiven, sozialpädagogischen oder sozialpräventiven Gründen angeordnet werden [60].

Wenn man diese Thesen der Grundsatzdebatte betrachtet, mutet es etwas befremdlich an, daß der Entwurf 1962 die Verhängung der Zuchthausstrafe in das Ermessen des Richters stellt. Entweder zählt eine bestimmte Tat zur Hochkriminalität, dann verdient sie in jedem Fall zwingend die Zuchthausstrafe, oder es sind ohne weiteres leichtere Fälle denkbar, dann darf die Zuchthausstrafe nach den in der Grundsatzdebatte gefaßten Beschlüssen nicht angedroht werden, da die Tat aus sich heraus nicht zuchthauswürdig ist. Es ist auch bezeichnend für die Unsicherheit der Verfasser des Entwurfs zu dieser Frage, daß der Entwurf 1960 diesen Übergang bei "besonders schweren Fällen" noch vermieden hatte.

Dreher meint, aus kriminalpolitischen Erwägungen sei der Übergang zur Zuchthausstrafe bei den "besonders schweren Fällen" einiger Delikte unumgänglich [61].

Gerade die kriminalpolitischen Gesichtspunkte, die in der Grundsatzdebatte zum Ausdruck gekommen sind, sprechen aber dagegen, da ein Sachverhalt, den der Gesetzgeber nicht einmal tatbestandsmäßig genau umschreiben kann, auch nicht zu den verhältnismäßig wenigen Delikten der Hochkriminalität zu rechnen ist. Aus diesen Gründen hat der Entwurf 1962 auch darauf verzichtet, Gefängnis- und Zuchthausstrafe wahlweise nebeneinander zuzulassen, wie es im geltenden Recht teilweise der Fall ist (vgl. z.B. die §§ 224 und 226 StGB).

Wenn mit der Beschränkung der Zuchthausstrafe auf Fälle echter Hochkriminalität Ernst gemacht werden soll, dann darf diese Sanktion nur in tatbestandsmäßig genau festgelegten Fällen angewendet werden. Die Konzeption des Entwurfs 1962 führt dazu, daß die Zuchthausstrafe auch bei Vergehen verhängt werden kann, da unter Berücksichtigung des § 12 Abs. 4 des Entwurfs die Vergehensnatur der §§ 206 a, 210 und 433 unberührt bleibt. Vergehen, die zur Hochkriminalität gehören, befriedigen nicht bei einem Gesetz, das auf systematische Klarheit bedacht sein sollte.

Auch in prozessualer Hinsicht ergeben sich erhebliche Bedenken im Hinblick auf diese drei Delikte.

Obwohl z.B. der "besonders schwere Fall" des Meineids, § 433 Entwurf 1962,

---

60) GALLAS, Niederschriften Bd. V S. 38.

61) Niederschriften Bd. V S. 30 f.; a.A. aber noch in GA 1953, 129 (135);
ebenso im Ergebnis SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. IV S. 399

nach Auffassung des Gesetzes zur Hochkriminalität zählt, muß der Fluchtverdacht begründet werden, da kein Verbrechen vorliegt, bei dem diese Notwendigkeit nach § 112 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 StPO entfällt.

Einem der besonders schweren Unzucht mit Kindern angeklagten Täter kommt das Recht der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Ziffer 2 StPO nicht zugute, da seine Tat kein Verbrechen ist, gleichzeitig aber zur Hochkriminalität gerechnet wird.

Diese Fälle lassen sich ins Groteske steigern, wenn man die - allerdings wohl nur theoretisch auftauchende - Möglichkeit berücksichtigt, die oben erwähnten Fälle von Hochkriminalität nach § 153 Abs. 2 oder 3 StPO einzustellen.

Die Inkonsequenzen des Entwurfs 1962 in dieser Hinsicht können nicht hingenommen werden. Wenn man der ohne weiteres zu billigenden Ansicht ist, die "besonders schweren Fälle" der Nötigung zur Unzucht, der Unzucht mit Kindern und des Meineids gehörten in die Gruppe der allerschwersten Delikte, dann sollte man diese Fälle zu qualifizierten Tatbeständen machen, eventuell verbunden mit der Zulassung "minder schwerer Fälle". Das Urteil darüber, ob ein Delikt zur zuchthauswürdigen Hochkriminalität gehört oder nicht, muß der Gesetzgeber fällen, nicht der Richter.

4. Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß rechtsstaatliche Zweifel, die aus Art. 103 Abs. 2 GG hergeleitet werden könnten, gegenüber den "besonders schweren Fällen" nicht begründet sind. Allerdings kann der Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe bei den §§ 206 a, 210 und 433 des Entwurfs nicht gebilligt werden, da diese Regelung sowohl mit dem in der Grundsatzdebatte der Großen Strafrechtskommission gefaßten Beschluß über die Verwendung der Zuchthausstrafe als auch mit der im Entwurf selbst zum Ausdruck kommenden Tendenz nicht zu vereinbaren ist. Es entspricht nicht der inneren Folgerichtigkeit des Entwurfs, daß die erhebliche Einschränkung der Zuchthausstrafe mit einer Ermessensentscheidung des Richters im Hinblick auf die Verhängung dieser schweren Strafe einhergeht.

Im Hinblick auf die Begrenzung zwischen gesetzlicher Bindung und richterlicher Freiheit hält sich die Regelung der "besonders schweren Fälle" im Entwurf 1962 grundsätzlich auf einer zu befürwortenden Mittellinie. Während der Entwurf das richterliche Ermessen durch Auflösung verschiedener Qualifikationstatbestände in "besonders schwere Fälle" erweitert, begrenzt er es gleichzeitig durch Bindung an bestimmte Leitbilder. Der Entwurf 1962 steigert deshalb zwar durch die häufige Verwendung "besonders schwerer Fälle" das richterliche Ermessen quantitativ,

schränkt es aber qualitativ durch die Bindung an vorgegebene Maßstäbe ein [62].

Aus diesem Grunde kann allgemein nicht von einer zu weitgehenden Freiheit des richterlichen Ermessens gesprochen werden. Gerade durch die Abstufung der Strafrahmen mittels "besonders schwerer Fälle" will der Entwurf 1962 seine Auffassung über Unrechts- und Schuldgehalt der einzelnen Delikte präzisieren, so daß, wie Jescheck [63] es ausdrückt, "nach einer Epoche relativer Ungebundenheit der Justiz vielleicht ein neuer richterlicher Denkstil eingeleitet wird". Den weiten Spielraum bei der Bestimmung der Rechtsfolgen, den insbesondere die Entwürfe der zwanziger Jahre kannten und die zahlreichen unbenannten "besonders schweren Fälle" späterer Zeit hat der Entwurf 1962 zu Recht vermieden. Grundsätzliche Bedenken gegen eine zu weite Ausdehnung des richterlichen Ermessens bestehen hier also nicht.

Auch die Definition der "besonders schweren Fälle" in § 62 des Entwurfs ist zu begrüßen. Das Schicksal derartiger Erläuterungen ist es zumeist, wegen der Dürftigkeit ihrer Aussagekraft angegriffen zu werden. Bei § 62 jedoch von einer bloßen "Tautologie" zu sprechen [64], zeugt von einer Verkennung dieser Bestimmung. Bedeutung und Vorteil der Definition liegen in der insofern klaren Umschreibung der Voraussetzungen eines "besonders schweren Falles". Eine derartige Vorschrift ist notwendig, um die farblose "in der Regel"-Klausel der einzelnen "besonders schweren Fälle" mit Leben zu erfüllen und der sonst führungslos gelassenen richterlichen Tätigkeit bestimmte Maßstäbe zu setzen. Als Ergänzung gerade dieser Klausel ist § 62 erforderlich und geeignet.

B. ERWEITERUNG DES UMFANGS DER REVISION

Durch die Definition der "besonders schweren Fälle" in § 62 des Entwurfs und die Aufstellung von Regelbeispielen bei zahlreichen Delikten zur Erläuterung dieser Fälle werden dem Richter Leitbilder für die Strafbemessung gegeben. Da auch die Strafbemessung zur Rechtsanwendung gehört, kann die Verletzung von Strafbemessungsregeln mit der Revision gerügt werden [65]. Probleme tauchen nur bei der Frage auf,

62) Auch BOCKELMANN, Juristen-Jahrbuch Bd. I S. 90 (93) geht von einer Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens beim Entwurf 1960 aus; ebenso R. LANGE, SchwZfStR 1955, 373 (379), dem es unter Ablehnung früher meist vorhanden gewesener formaler Bindungen um Wertbindungen geht; ebenso in Probleme der Strafrechtsreform S. 97.

63) ZStW 75, 1 (6).

64) GRÜNHUT, ZStW 71, 521 (531).

65) DROST, Ermessen S. 53; SARSTEDT, Revision S. 258; Diese Tatsache wurde früher teilweise geleugnet, vgl. MANNHEIM, Beiträge zur Lehre von der Revision S. 162 ff., ist aber heute unbestritten.

inwieweit das Ermessen des Strafrichters nachprüfbar ist und ob sich insbesondere durch Art und Ausmaß der Neugestaltung "besonders schwerer Fälle" Unzulänglichkeiten für die Rechtsmittelinstanz ergeben können.

1. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich darauf, die Revisibilität von Ermessensentscheidungen nur im Hinblick auf "besonders schwere Fälle" zu untersuchen.

Das geltende Recht eröffnet nicht sehr viele Möglichkeiten, das Ermessen des Strafrichters nachzuprüfen [66]. Zwar ist durch die Änderung des § 267 Abs. 3 StPO im Jahre 1950 wenigstens der Begründungszwang hinsichtlich der für die Strafzumessung bedeutsamen Gesichtspunkte eingeführt worden, eine wesentlich genauere Nachprüfung ist aber auch dadurch nicht gewährleistet, da der Richter grundsätzlich keine gesetzlichen Anhaltspunkte für die Strafbemessung hat. So bleibt dem Ermessen des Tatrichters ein verhältnismäßig weiter Spielraum [67].

Hinsichtlich der "besonders schweren Fälle" kann mit der Revision einmal gerügt werden - wie bei allen Ermessensentscheidungen [68] - daß die zugrunde liegenden Tatsachen unrichtig oder nicht erschöpfend festgestellt worden sind. Auch die Verletzung geschriebener Rechtsnormen kann gerügt werden, z. B. die Verneinung eines "besonders schweren Falles" der Wilderei trotz Erfüllung der Merkmale des § 292 Abs. 2 StGB [69]. Ferner kann bei unbenannten "besonders schweren Fällen" die Revision darauf gestützt werden, daß der Begriff des "besonders schweren Falles", wie ihn die Rechtsprechung herausgearbeitet hat, verkannt worden ist [70]. Im übrigen bleibt dem Richter ein weiter Bereich offen, der für die Revision unzugänglich ist.

2. Durch die gesetzliche Festlegung von Strafbemessungsregeln werden der Revision erheblich mehr Angriffsmöglichkeiten eröffnet, als dies im geltenden Recht der Fall ist [71]. Das gilt besonders im Hinblick auf die "besonders schwe-

66) SARSTEDT, Beitrag zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß, ZStW-Sonderheft 1957, 133 (144).

67) SARSTEDT, Revision S. 256.

68) SARSTEDT, Revision S. 258.

69) Vgl. BGH 5, 211 gegenüber OLG KOBLENZ JZ 1953, 278.

70) Vgl. RG 76, 49 (53); DR 1941, 2443.

71) RG 68, 218 (219); BECKER, DJ 1935, 1188; DAHS, NJW 1958, 1161 (1166); MEZGER, MonKrim 13, 47 (68); PETERS, Recht und Staat 276/277 S. 40; SARSTEDT, Referat S. D 40; SCHMIDT-LEICHNER, Diskussion beim 41. Juristentag S. D 71.

ren Fälle" des Entwurfs 1962 gegenüber den meist unbenannten "besonders schweren Fällen" jetziger Prägung.

So kann einmal die Revision auf die unrichtige Anwendung des § 62 Entwurf 1962 gestützt werden. Zum anderen bieten die zahlreichen Regelbeispiele der "besonders schweren Fälle" erheblich mehr Ansätze für eine Revision als die unbenannten Fälle des StGB. Aus diesem Grunde sind auch gelegentlich Bedenken gegen eine weitgehende gesetzliche Fixierung der Strafbemessungsregeln aufgetreten [72].

Andererseits darf aber nicht übersehen werden, daß gerade das richterliche Ermessen bei der Strafbemessung dadurch eingeschränkt wird, daß zahlreiche Tatbestände durch "besonders schwere Fälle" unterteilt werden, wobei das Ermessen weiterhin durch Regelbeispiele in bestimmte Bahnen gelenkt wird. Auch kann das Revisionsgericht durch § 62 des Entwurfs genauere Maßstäbe setzen als beim jetzigen Rechtszustand [73].

Sarstedt, der sich entschieden gegen Bestimmungen ausspricht, welche die Möglichkeit der Revision gegenüber Strafzumessungsentscheidungen erweitern [74], hält andererseits die beispielhafte Aufzählung "besonders schwerer Fälle" für einen durchaus zu billigenden Weg, die Strafrahmen zu unterteilen und damit das Ermessen zu steuern [75]. Darin liegt kein Widerspruch, da die bloße Aufstellung von Strafbemessungsregeln im Allgemeinen Teil für die Tatsacheninstanz zumeist keine große Hilfe darstellt und dem Revisionsgericht nur ein Mehr an Arbeit ohne die Möglichkeit sinnvoller Korrektur aufbürdet. Jedoch die beispielhafte Aufzählung der einzelnen "besonders schweren Fälle" bei den bestimmten Tatbeständen erleichtert dem Tatrichter die Rechtsfolgebestimmung in einer Weise, die eine mögliche Zunahme der Revision ohne weiteres rechtfertigt. Im übrigen wird durch die "in der Regel"-Formel einer zu weitgehenden Revisionsmöglichkeit entgegengewirkt [76]. Deshalb sollten die Gefahren des Überhandnehmens der Revisionen nicht überschätzt werden, zumal ein legitimes Bedürfnis sie rechtfertigt.

Die "besonders schweren Fälle" sind also vom Standpunkt der Revisibilität her gesehen keinesfalls bedenklich.

---

72) FRITZ, Niederschriften Bd. V S. 37; MEZGER, MonKrim 13, 47 (68); PETERS aaO.

73) LANGE, Niederschriften Bd. V S. 28; LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 61; vgl. auch KRILLE, ZStW-Sonderheft 1957 S. 123.

74) Referat S. D 35.

75) Referat S. D 50; ebenso LANG-HINRICHSEN, Gutachten S. 61.

76) SCHNEIDEWIN, Die Wirkungen der Strafrechtsreform S. 476.

II. SYSTEMATISCHE UNZULÄNGLICHKEITEN BEI DER REGELUNG "BESONDERS SCHWERER FÄLLE" IM VERHÄLTNIS ZU EINZELNEN QUALIFIKATIONSTATBESTÄNDEN UND STRAFMILDERUNGEN

Wenn auch die Grundauffassung des Entwurfs 1962 im Hinblick auf die Regelung "besonders schwerer Fälle" gebilligt werden kann, so bietet die Behandlung dieser Fälle in zahlreichen Einzelpunkten Ansätze der Kritik.

Die erste Erwägung, die im übrigen noch grundsätzliche Fragen systematischer Art zum Inhalt hat, bezieht sich auf die gleichzeitige Verwendung bestimmter Merkmale als Beispiele für "besonders schwere Fälle" und zur Bildung von Qualifikationstatbeständen.

A. GLEICHZEITIGE VERWENDUNG BESTIMMTER MERKMALE ZUR BILDUNG "BESONDERS SCHWERER FÄLLE" UND QUALIFIZIERTER TATBESTÄNDE

Der Entwurf kennt zahlreiche Umstände, die teils zur Charakterisierung "besonders schwerer Fälle" dienen, teils aber auch zwingende Merkmale von Qualifikationstatbeständen sind [77].

Vom Standpunkt einer klaren Systematik aus gesehen ist es zumindest unschön, wenn dasselbe Merkmal bei einem Delikt zwingend zur Straferhöhung führt, bei einem anderen Tatbestand die schärfere Strafe dagegen im Ermessen des Richters liegt. Eine derartige Konstruktion des Gesetzes kann jedoch dann in Kauf genommen werden, wenn dafür zwingende kriminologische oder kriminalpolitische Gründe sprechen. Das wäre dann der Fall, wenn diese Merkmale so weit gefaßt sind, daß sie Sachverhalte von sehr verschiedenem Unwertgehalt umschreiben und eine einheitliche Behandlung dieser Merkmale nur als "besonders schwerer Fall" oder als Qualifikationstatbestand zu erheblichen Mängeln im Hinblick auf eine gleichmäßige Bestrafung gleichschwerer Sachverhalte führen würde.

Es sollen deshalb im folgenden die einzelnen in Betracht kommenden Merkmale daraufhin untersucht werden, ob eine derartige Differenzierung stets notwendig und sinnvoll war.

1. Die berufsmäßige Begehung

Wie bereits oben S. 33 festgestellt wurde, ist die berufsmäßige Begehung bei Diebstahl, Betrug und Hehlerei zum qualifizierten Tatbestand ausgebildet,

77) Vgl. oben S. 33 f.

während sie bei Raub, räuberischer Erpressung und Landesverrat einen "besonders schweren Fall" charakterisiert (§§ 238, 254, 287 gegenüber §§ 246, 261, 383 Entwurf 1962).

Die unterschiedliche Behandlung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn z. B. beim berufsmäßigen Raub im Unterschied zum berufsmäßigen Diebstahl die Skala des Unwertgehalts der vorkommenden Fälle erheblich breiter und die zwingende Straferhöhung einer gerechten Entscheidung oft abträglich wäre.

Die Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 gibt zwei Gesichtspunkte an, die zur Aufnahme "besonders schwerer Fälle" geführt haben: Einerseits sollen der Schwere nach gleichliegende Fälle bestraft werden können, ohne daß deren Merkmale im einzelnen gesetzlich bestimmt sein müssen, andererseits sollen Härten vermieden werden, die durch Bindung des Richters an das Vorliegen der im Gesetz bezeichneten Merkmale entstehen könnten, wenn diese Merkmale zwingend die erhöhte Strafdrohung forderten [78].

Mißt man das Merkmal der berufsmäßigen Begehung an diesen Maßstäben, so erscheint die Ausgestaltung als "besonders schwerer Fall" nicht überzeugend. Die Möglichkeit, gleichliegende Fälle nicht ebenso streng bestrafen zu können, ergibt sich nicht, da derartige Fälle praktisch nicht vorkommen. Wenn der Täter "das Rauben derart wie einen Beruf betreibt, daß er daraus ganz oder zu einem erheblichen Teil seine Einkünfte zieht", § 246 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Entwurf 1962, dann ist damit die Tat in ihrer Schwere so umgrenzt, daß gleichliegende Fälle nicht ersichtlich sind. Die Gewerbsmäßigkeit ist kein analoger Fall, da sie bloße Vorstufe zur Berufsmäßigkeit ist [79], wie auch die Strafrahmen des § 236 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 einerseits und § 238 Entwurf 1962 andererseits ergeben, außerdem beim Raub besonders geregelt wird (§ 245 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Entwurf 1962). Dasselbe gilt auch für die räuberische Erpressung, § 261 Entwurf 1962, da der diesen Tatbestand erfüllende Täter wie ein Räuber bestraft wird. Auch beim berufsmäßigen Landesverrat lassen sich Fälle gleicher Schwere nicht denken.

Der andere Gesichtspunkt, der für die Regelung durch "besonders schwere Fälle" spricht - die Vermeidung von Härten - trifft bei der berufsmäßigen Begehung ebenfalls nicht zu. Die Kategorie der berufsmäßig handelnden Täter weist kriminologisch ein gleichartiges Erscheinungsbild auf, das durch die besondere Gefährlichkeit dieser Personen gekennzeichnet ist [80].

---

78) S. 184 zu § 62.

79) AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 408 zu § 238.

80) EXNER, Kriminologie S. 212; HEINDL, Berufsverbrecher S. 388; MEZGER, Kriminologie S. 158; SCHWALM, GA 1964, 257 (261 f.); vgl. auch die AMTLICHE BEGRÜNDUNG S. 408 zu § 238.

EXNER [81] bezeichnet den Berufsverbrecher als einen bestimmt begrenzten Typ mit charakteristischen Merkmalen. Ebenso spricht SCHWALM [82] vom kriminologischen Tätertyp des Berufstäters. Mit Recht stellt SCHWALM fest, daß der Rückfall- und Hangtäter das Sorgenkind der Kriminalpolitik ist [83]. Seine Ausführungen zu den Reaktionen auf diese Art der Kriminalität sind aber insofern ungenau, als er vor allem die "tatbestandliche Verankerung des kriminologischen Tätertyps des Berufsverbrechers" [84] erwähnt, obwohl die Hälfte der betroffenen Vorschriften die berufsmäßige Begehung nur als "besonders schweren Fall" - also gerade ohne tatbestandsmäßig feste Konturen - wertet.

Nun werden Fälle des berufsmäßigen Raubes sicher wesentlich seltener vorkommen als die berufsmäßige Begehung von Diebstahl oder Hehlerei. Das rechtfertigt aber nicht die unterschiedliche Behandlung dieses gleich strukturierten Typs des Berufsverbrechers.

Untersucht man die Strafdrohungen der Tatbestände, die besondere Strafrahmen für berufsmäßig handelnde Täter kennen, so fällt auf, daß Diebstahl, Betrug und Hehlerei als Vergehenstatbestände bei Berufsmäßigkeit der Handlung zwingend Zuchthaus bis zu zehn Jahren vorsehen, während die Verbrechen des Raubes, der räuberischen Erpressung und des Landesverrats die Festsetzung der höheren Strafen in das Ermessen des Gerichts stellen. Außerdem sind bei diesen Verbrechen noch minder schwere Fälle vorgesehen. Die Delikte, die zur Hochkriminalität zählen, lassen also bei berufsmäßiger Begehung ein Ausweichen auf die Grundstrafdrohung zu, während die Taten mit geringerem kriminellen Gehalt bei gleicher Ausführung zwingend den höheren Strafrahmen vorsehen. Der Sinn einer derartigen Differenzierung ist nicht recht ersichtlich, zumal auch die Amtliche Begründung beim berufsmäßigen Raub lakonisch auf die Bemerkungen zum berufsmäßigen Diebstahl verweist [85].

Es hat den Anschein, als ob dem Entwurf 1962 bei dieser Frage der Mut zur Konsequenz gefehlt hat. Man hat sich davor gescheut, die in § 246 Entwurf 1962 vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Zuchthaus zwingend vorzuschreiben, obwohl die berufsmäßige Begehung einen besonderen Typus bildet, bei dem Taten von wesentlich geringerem kriminellen Unwert nicht vorhanden sind und vergleichbare Sachverhalte nicht vorkommen. Da sich die Praxis der Strafzu-

81) Kriminologie S. 212
82) GA 1964, 257 (261 f.)
83) aaO. S. 268
84) aaO. S. 268
85) S. 417 zu § 246

messung bisher stets an den Untergrenzen der Strafrahmen orientiert hat [86], besteht die Gefahr, daß der Richter bei den zu Recht hohen Mindeststrafen von fünf Jahren Zuchthaus bei der berufsmäßigen Begehung von Raub, räuberischer Erpressung und Landesverrat auf die Strafdrohung des Grundtatbestandes ausweicht. Die Folge davon wäre, daß bei Berücksichtigung dieser Gefahr die Strafdrohungen bei berufsmäßiger Begehung von Diebstahl, Betrug und Hehlerei einerseits und bei Raub, räuberischer Erpressung und Landesverrat andererseits gleich hoch wären. Um diese ohne weiteres auftretende Möglichkeit zu vermeiden, muß die berufsmäßige Begehung einheitlich als Qualifikationstatbestand gestaltet werden. Die entgegengesetzte Möglichkeit einer gleichmäßigen Bildung "besonders schwerer Fälle" hat auszuscheiden, da die Gesichtspunkte, die für die Regelung durch "besonders schwere Fälle" sprechen, aus den bereits dargelegten Gründen bei berufsmäßiger Begehung ausscheiden.

Die jetzige Fassung des Entwurfs 1962 weicht bei den zur Hochkriminalität zählenden Delikten, die zusätzlich durch die besondere Intensität des berufsmäßigen Handelns erschwert sind, vor der zwingenden Konsequenz zurück, in diesen Fällen - ebenso wie bei den an Unrechtsgehalt geringeren Delikten - eine bindende Straferhöhung vorzuschreiben. Die Steigerung vom einfachen zum berufsmäßigen Diebstahl ist weder größer noch kriminologisch klarer strukturiert als diejenige vom einfachen zum berufsmäßigen Raub, räuberischen Diebstahl oder Landesverrat. Eine unterschiedliche Behandlung ist deshalb fehl am Platze, da sie systematisch nicht gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber sollte sich davor hüten, bei der erschwerten Form eines Delikts der Hochkriminalität einen Rabatt in Gestalt eines fakultativen Ausweichens auf den Grundtatbestand zu gewähren, nur weil dieser Tatbestand immer noch verhältnismäßig streng bestraft wird.

2. Die bandenmäßige Begehung

Diese Gründe sprechen auch für die gleichmäßige Behandlung der bandenmäßigen Tatausführung, die der Entwurf 1962 in § 237 Abs. 1 Nr. 3 als qualifizierten Tatbestand des Diebstahls ausgestaltet hat, bei Raub und räuberischer Erpressung dagegen als "besonders schweren Fall", §§ 246 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 261.

Wenn auch bei einem bandenmäßig handelnden Täter nicht von einer so eindeutigen kriminologischen Struktur wie beim Berufsverbrecher gesprochen werden kann, so ist die kriminelle Gefährlichkeit dieses Täterkreises in ihrer Größe feststehend und eine an Unrechts- und Schuldgehalt gleich schwere Begehungsart nicht ersichtlich. Auch hier verweist die Amtliche Begründung zu § 246 Abs. 1 Satz 2

86) BLEI, FamRZ 1962, 403 (408); DREHER, Gerechte Strafe S. 70; EXNER, Strafzumessungspraxis S. 80; vgl. auch NESTLER, Strafmaß S. 20.

Nr. 3 lediglich auf die Ausführungen zu § 237 Abs. 1 Nr. 3, ohne die unterschiedliche Konstruktion zu rechtfertigen [87].

Allerdings besteht bei der bandenmäßigen Ausführung keine so weitgehende Übereinstimmung der Strafrahmen wie bei der berufsmäßigen, da auch der bandenmäßige Diebstahl nur mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft werden soll, also erheblich milder als der bandenmäßige Raub, selbst wenn ein "besonders schwerer Fall" verneint wird. Trotzdem bleibt die Tatsache bestehen, daß bei der bandenmäßigen Ausführung eines Raubes oder einer räuberischen Erpressung keineswegs im Verhältnis zum Grundtatbestand wesentlich mildere Fälle vorkommen können als beim bandenmäßigen Diebstahl, so daß die Notwendigkeit einer Regelung durch "besonders schwere Fälle" nicht einzusehen ist. Der Gesetzgeber sollte deshalb bei einer so erheblichen Steigerung des kriminellen Gehalts einer Handlung, wie sie die bandenmäßige Begehung darstellt, nicht auf eine zwingende Straferhöhung verzichten. Befremdlich wirkt es, wenn die zwingende Schärfung nur bei dem leichteren Delikt vorgesehen wird, bei den Tatbeständen aber, die zur Hochkriminalität zählen, diese Folge nicht angeordnet wird, obwohl ohne Zweifel das Maß der Steigerung an krimineller Intensität in beiden Fällen das gleiche ist.

3. Die gewerbsmäßige Begehung

Schwerwiegende Bedenken bestehen auch gegen die verschiedene Verwendung des Begriffs "gewerbsmäßig" [88]. Im Unterschied zu den Fällen der Berufs- und Bandenmäßigkeit ist die gewerbsmäßige Handlung nicht einseitig bei den schweren Delikten "besonders schwerer Fall" und bei den leichteren Qualifikationstatbestand. Vielmehr wirkt die Gewerbsmäßigkeit bei verschiedenen Delikten qualifizierend, deren Grundstrafdrohungen höher sind als die bei Diebstahl, Betrug, Wucher und den Urkundenstraftaten [89], bei denen dieses Merkmal einen "besonders schweren Fall" erläutert. Andererseits bildet die gewerbsmäßige Begehung einen qualifizierten Tatbestand bei zahlreichen Delikten, deren Unwertgehalt wesentlich geringer ist als der der eben genannten Tatbestände (z. B. Glücksspiel, §§ 358, 359 Entwurf 1962).

---

87) S. 417

88) Vgl. die oben S. 33 fangegebenen Delikte

89) So bei Abtreibung, § 140 Abs. 1, Erpressung, § 259, Hehlerei, § 286, Münzverringerung, § 313 und Wertzeichenfälschung, § 315 Entwurf 1962, die sämtlich Gefängnis bis zu fünf Jahren androhen; die §§ 235, 252, 265 und 303 ff. sehen Gefängnis nur bis zu drei Jahren vor, wobei zum Teil wahlweise Strafhaft zugelassen wird.

Diese Regelung wirkt zum Teil schon auf den ersten Blick nicht einleuchtend, da gerade einige der typischerweise gewerbsmäßig vorkommenden Delikte - Diebstahl und Betrug - nur zu "besonders schweren Fällen" gemacht worden sind. Eine derartige Konstruktion wäre nach der Grundauffassung des Entwurfs nur dann notwendig und sinnvoll, wenn analoge Sachverhalte auftauchen können, die eine schwerere Bestrafung verlangen, zum anderen die gewerbsmäßige Begehung Fälle von sehr unterschiedlichem Unrechts- und Schuldgehalt umfaßt [90].

Als analoger Fall wäre allein die Gewohnheitsmäßigkeit denkbar. Doch auch die Amtliche Begründung [91] ist der ohne Zögern zu billigenden Ansicht, es komme in der Wirklichkeit kaum vor, daß jemand gewohnheitsmäßig stehle oder hehle, ohne zugleich gewerbsmäßig zu handeln. Dasselbe gilt auch für den Betrug [92] und die Urkundendelikte, bei denen Gewohnheitsmäßigkeit ohne Gewerbsmäßigkeit kaum vorstellbar ist. Sollte wirklich einmal ein derartiger Fall eintreten, so würde, falls die gewerbsmäßige Begehung Qualifikationsmerkmal wäre, die Höchststrafe des Grundtatbestandes ausreichen, um auch diese Tat angemessen zu bestrafen.

Es bleibt die Frage, ob die Anordnung einer zwingenden Straferhöhung bei gewerbsmäßigem Handeln deshalb zu Ungerechtigkeiten führen würde, weil auch Fälle von erheblich geringerem Unrechts- und Schuldgehalt vorliegen können, bei denen eine obligatorische Strafverschärfung nicht gerecht wäre.

> Nach ständiger Rechtsprechung, der sich auch der Entwurf 1962 angeschlossen hat [93], handelt ein Täter dann gewerbsmäßig, wenn er sich aus der wiederholten Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle verschaffen will, ohne daß er daraus ein kriminelles Gewerbe machen muß [94]. Die Kennzeichnung dieses Merkmals liegt also in erster Linie im subjektiven Bereich, da die Absicht des Täters entscheidend ist. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß die gewerbsmäßige Begehung ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 14 Abs. 1 Entwurf 1962 ist [95]. Die durch eine bestimmte Absicht gekennzeichnete innere Einstellung ist jedoch kaum nach Schuldgesichtspunkten abstufbar, so daß der Schuldgehalt bei gewerbsmäßiger Handlung im wesentlichen der gleiche ist.

Der Entwurf führt zur Begründung für die Ausgestaltung der Gewerbsmäßigkeit als "besonders schwerer Fall" an, eine zwingende Strafschärfung sei nicht gerecht-

90) Vgl. oben S. 64 f.
91) S. 403 zu § 236 und S. 458 zu § 287
92) Amtliche Begründung S. 425 zu § 253
93) Amtliche Begründung S. 403 zu § 236
94) RG 58, 19 (20); 64, 151 (153 f.); 66, 19 (21), BGH 1, 383
95) Amtliche Begründung S. 279 f. zu § 141

fertigt, da sie im Einzelfall zu einer unbilligen Härte führen könne, z. B. wenn das Objekt der Tat nur von geringerem Wert sei oder es sich um den ersten Fall einer Reihe geplanter Taten handele [96]. Berücksichtigt man diese Erwägungen, so zeigen sich gerade in derartigen Fällen die unhaltbaren Konsequenzen der Regelung des Entwurfs:

Die erste gewerbsmäßige Tat bei Diebstahl, Betrug, Wucher und Urkundenfälschung soll in der Regel aus dem Grundtatbestand mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder Strafhaft bestraft werden. Dagegen muß die erste gewerbsmäßige Fischwilderei, § 280 a, bei der im Grundtatbestand Gefängnis bis zu einem Jahr, Strafhaft oder Geldstrafe angedroht ist, mit Gefängnis zwischen drei Monaten und fünf Jahren geahndet werden. Hält man sich vor Augen, daß sich die Bewertung der Deliktsschwere bei den Mindeststrafgrenzen abspielt, so bewertet der Entwurf 1962 anscheinend den ersten Fall einer gewerbsmäßigen Fischwilderei strenger als den des gewerbsmäßigen Diebstahls, obwohl die Grundstrafdrohung beim Diebstahl wesentlich schwerer ist als bei der Fischwilderei!

Ähnliche Folgerungen ergeben sich bei der gewerbsmäßigen Veranstaltung von Glücksspielen und der Beteiligung daran, §§ 358, 359 Entwurf 1962. Während der erste Fall von Gewerbsmäßigkeit bei Diebstahl, Betrug, Wucher und Urkundenfälschung sogar mit Strafhaft geahndet werden kann, ist bei den §§ 358 und 359 die Strafe Gefängnis bis zu fünf Jahren, obwohl der kriminelle Unwertgehalt bei jenen oben genannten Delikten erheblich größer ist.

Das weitere Argument der Amtlichen Begründung für die Ausgestaltung der Gewerbsmäßigkeit als "besonders schwerer Fall", die Strafschärfung sei bei geringer Deliktsbeute nicht angebracht, gilt mit gleicher Berechtigung auch für die Mehrzahl der Tatbestände, bei denen die gewerbsmäßige Begehung einen qualifizierten Tatbestand bildet. Besonders bei Jagd- und Fischwilderei, aber ebenso auch bei Hehlerei, Wertzeichenfälschung, Münzverringerung und Erpressung kann das erlangte bzw. veränderte Objekt der Tat von nur geringem Wert sein.

Stiehlt der gewerbsmäßig handelnde Dieb eine geringwertige Sache, so wird er in der Regel gemäß der Grundstrafdrohung des § 235 mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft zu bestrafen sein. Der die Sache ankaufende Hehler hat eine Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten zu erwarten, wenn er ebenfalls gewerbsmäßig handelt, obwohl der Unwertgehalt beider Delikte, wie er in der Grundstrafdrohung zum Ausdruck kommt, nahezu gleich ist (Diebsthal, § 235: Gefängnis bis zu drei Jahren

96) Amtliche Begründung S. 404 zu § 236

oder Strafhaft; Hehlerei, § 286: Gefängnis bis zu fünf Jahren oder Strafhaft).

Dieser systematisch unzulängliche Zustand kann keinesfalls hingenommen werden. Kriminologische Unterschiede sind bei dem Begriff der gewerbsmäßigen Begehung nicht ersichtlich. Es handelt sich bei der Gewerbsmäßigkeit um ein Merkmal, das die erhebliche kriminelle Gefährlichkeit des Täters treffen will. Wie beim Berufsverbrecher kann man auch bei gewerbsmäßig handelnden Tätern eine kriminologisch ziemlich klare Täterstruktur feststellen [97]. Daß der Täter zufällig nur eine geringe Beute erlangt hat, ist für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ohne Belang. Diese Tatsache ist innerhalb des Strafrahmens, der für die gewerbsmäßige Begehung vorgesehen ist, zu berücksichtigen.

Der Gesetzgeber sollte deshalb die gewerbsmäßige Ausführung der Tat bei den in Betracht kommenden Tatbeständen einheitlich zum qualifizierten Delikt gestalten [98]. Auch der Entwurf 1960 hatte noch die gewerbsmäßige Ausführung von Diebstahl, Betrug und Urkundenstraftaten in Form von Qualifikationstatbeständen geregelt [99]. Bedenken gegen eine zu weitgehende Anwendung der strafschärfenden Vorschrift ließen sich durch einschränkende Auslegung des Begriffs "gewerbsmäßig" ausräumen [100]. Auf jeden Fall aber sollte die unsystematische Verwendung dieses Merkmals vermieden werden.

4. Der Mißbrauch der Amtsstellung

Beim Mißbrauch der Amtsstellung ergeben sich derart unhaltbare Konsequenzen nicht. Dieses Merkmal ist in der Regel ein "besonders schwerer Fall", nur bei Gefangenenbefreiung, Verwahrungsbruch und Strafvereitelung, §§ 425 Abs. 2, 426 Abs. 3 und 448 Entwurf 1962, dient es zur Bildung eines qualifizierten Tatbestandes [101].

Im Unterschied zu den vorangegangenen Merkmalen kann der Unwertgehalt von Delikten, die unter Mißbrauch der Amtsstellung begangen werden, sehr verschieden sein. Gerade in diesem Bereich können Taten unterschiedlicher Schwere vorkommen, da der Funktionsbereich der Täter, die dieses Merkmal erfüllen kön-

---

97) SCHWALM, GA 1964, 257 (261 f.)

98) So auch im Ergebnis Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 170. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt DREHER, Niederschriften Bd. V S. 34 (Einheitliche Regelung der Gewerbsmäßigkeit als "besonders schwerer Fall").

99) Vgl. auch die Zusammenstellung in den Niederschriften Bd. V S. 163.

100) Vgl. BLEI, FamRZ 1962, 403 (408)

101) Vgl. oben S. 34

nen, außergewöhnlich breit ist [102]. Es ist also nicht zu verkennen, daß die zwingende Anwendung der schärferen Strafdrohung durchaus zu unbilligen Härten führen kann. Andererseits kann ein analoger Fall in Gestalt des Mißbrauchs einer besonderen Vertrauensstellung oder eines Autoritätsverhältnisses [103] in Betracht kommen, der dann auch mit erhöhter Strafe belegt werden kann.

Gegen die Ausgestaltung des Mißbrauchs der Amtsstellung als "besonders schwerer Fall" ist somit vom systematischen Standpunkt aus nichts einzuwenden.

Es ist deshalb nicht recht einzusehen, weshalb der Entwurf den von einem Amtsträger begangenen Verwahrungsbruch, § 426 Abs. 3, zu einem qualifizierten Tatbestand gemacht hat. Auch bei diesem Delikt lassen sich Fälle denken, deren Unrechts- und Schuldgehalt nicht so wesentlich erhöht ist, daß sie stets eine schärfere Strafdrohung verdienen.

> Da bereits das Ablösen gestempelter Briefmarken [104] und das Durchschneiden und Beiseiteschaffen der plombierten Bindfäden an einem Postbeutel [105] ein Vernichten [106] darstellen und den Tatbestand des Verwahrungsbruchs erfüllen können, wäre es in solchen und ähnlichen Fällen zu begrüßen, wenn die Strafschärfung nur fakultativ vorgesehen wäre. Bei der Urkundenfälschung im Amt, die bisher zusammen mit der Urkundenvernichtung im Amt in § 348 Abs. 2 StGB geregelt ist, wurde diese Folgerung auch gezogen, da sie nur Regelbeipsiel für einen "besonders schweren Fall" ist (§ 308 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 303 Entwurf 1962).

Bei den übrigen Fällen, der Gefangenenbefreiung und der Strafvereitelung im Amt, §§ 425 Abs. 2 und 448 Entwurf 1962, ist die Situation insofern anders, als hier das "Objekt" der Tat stets eine Person ist, die dem Strafanspruch des Staates unterliegt. Differenzierungen nach dem mehr oder weniger großen Wert des Objektes, die z.B. bei Diebstahl, Unterschlagung und auch Verwahrungsbruch möglich sind, scheiden naturgemäß aus. Deshalb ist die zwingende Strafschärfung vertretbar.

---

102) Vgl. die Definition des Begriffs "Amtsträger" in § 10 Nr. 4 Entwurf 1962

103) Eb. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 170

104) RG HRR 1937 Nr. 211

105) RG 67, 230 (231)

106) Diesem Merkmal der §§ 133 Abs. 1, 348 Abs. 2 StGB entspricht in § 426 Abs. 1 Entwurf 1962 die Wendung "der dienstlichen Verfügung entzieht" bzw. "zerstört",
vgl. Amtliche Begründung S. 612 zu § 426

Eine andere Frage ist es aber, ob der Gesetzgeber nicht im Interesse systematischer Einheitlichkeit sämtliche "unechten" Amtsdelikte zu "besonders schweren Fällen" machen sollte [107]. Bei der Strafvereitelung im Amt sind ohnehin "minder schwere Fälle" vorgesehen, die in ihrer Höchststrafe hinter derjenigen der "normalen" Strafvereitelung des § 447 Entwurf 1962 zurückbleiben, so daß dem Richter ein Ausweichen in die wesentlich mildere Strafdrohung ermöglicht wird. Dann würde es aber keinen großen Unterschied machen, die Qualifikation zu einem "besonders schweren Fall" auszugestalten. Systematisch hätte der Entwurf an Klarheit gewonnen, kriminalpolitische Bedürfnisse würden dabei nicht zu kurz kommen.

5. Die Herbeiführung der Todesgefahr

Erhebliche Bedenken ergeben sich wieder bei der uneinheitlichen Verwendung des Merkmals der Herbeiführung der Todesgefahr.

Es fällt zunächst auf, daß dieser Umstand bei den Delikten mit besonders hohem kriminellen Gehalt - z.B. Notzucht, Schändung und Raub, §§ 205, 207 und 245, 246 Entwurf 1962 - Regelbeispiel für einen "besonders schweren Fall" ist, während er bei den nicht so schwerwiegenden Delikten - gefährliche Körperverletzung, Nötigung zur Unzucht, Unzucht mit Widerstandsunfähigen und Unzucht mit Kindern, §§ 148, 206 und 206 a, 208, 210 Entwurf 1962 - zur Bildung eines qualifizierten Tatbestandes verwendet wurde. Die vorsätzliche [108] Herbeiführung der Todesgefahr ist jedoch als "besonders schwerer Fall" ungeeignet, wenn man die Grundauffassung des Entwurfs zu den "besonders schweren Fällen" bachtet [109]. Vergleichbare Fälle sind nicht denkbar, da die insoweit allein in Betracht kommende Gefahr einer schweren Körperverletzung gemäß § 147 Abs. 2 Entwurf 1962 als nicht so schwerwiegend zu werten ist, was auch darin zum Ausdruck kommt, daß sie bei den §§ 296 und 422 Entwurf 1962 getrennt erwähnt wird.

Der Entwurf glaubt allerdings, die "besonders schweren Fälle" deshalb verwenden zu müssen, weil ein leichterer Fall z.B. dann vorliegen könne, wenn die Frau durch ihr vorausgegangenes schuldhaftes Verhalten den Täter zur Gewaltanwendung herausgefordert habe [110]. Wenn man aus diesem Grunde ein Ausweichen in die normale Strafdrohung ermöglichen will, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Folgerung dann nicht auch für die Unzuchtsbestimmungen der §§ 206 a, 208 und 210 des Entwurfs gezogen worden ist. Eine Herausforderung durch das Opfer

107) Bis auf die §§ 425 Abs. 2 und 448 Entwurf 1962 ist das auch geschehen, vgl. die Amtliche Begründung S. 648 vor § 460.

108) Vgl. die Amtliche Begründung S. 284 zu § 148

109) Vgl. oben S. 64 f

110) Amtliche Begründung S. 362 zu § 205

wird z. B. bei der Nötigung zur Unzucht oder der Unzucht mit Widerstandsunfähigen ebenso häufig vorkommen wie bei Notzucht oder Schändung.

Bleibt man bei diesem Beispiel, so ergeben sich nicht ganz einleuchtende Folgerungen:

Fordert die Frau zu Nutzucht oder Schändung heraus, so kommt - da ein "besonders schwerer Fall" normalerweise zu verneinen sein wird - die Strafbedrohung des Grundtatbestandes zur Anwendung: Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wobei sogar noch die Möglichkeit der Annahme eines "minder schweren Falles" vorgesehen ist [111]. Wird dagegen der Täter nur zu Unzuchtshandlungen herausgefordert, so beträgt der Strafrahmen für diese Handlungen Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren (§§ 206 a Abs. 4 Satz 1, 208 Abs. 3, 210 Abs. 5 Entwurf 1962), obwohl der Grundtatbestand dieser Delikte nur Gefängnis nicht unter sechs Monaten (§§ 206 a, 210) bzw. Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren (§ 208) androht. Wenn also die Frau zu einer kriminell wesentlich leichteren Handlung aufreizt und dabei in die Gefahr des Todes gebracht wird, ist der Täter einer schärferen Strafdrohung ausgesetzt als in dem Fall, in dem er zu einem der Hochkriminalität angehörenden Notzuchtsdelikt veranlaßt wird!

Es ist deshalb unumgänglich, diese Fälle in sich konsequent zu gestalten. Wenn der Entwurf zu Recht meint, die Herbeiführung der Todesgefahr bei Unzuchtstatbeständen erfordere zwingend die Zuchthausstrafe [112], dann muß auch die bei Notzucht und Schändung schon im Grundtatbestand vorgesehene Zuchthausstrafe bei Herbeiführung von Todesgefahr entsprechend in der Mindeststrafdrohung erhöht werden, damit das zwischen beiden Deliktsgruppen bestehende Gefälle an krimineller Intensität nicht aufgehoben wird. Die vorsätzliche Herbeiführung der Todesgefahr müßte deshalb einheitlich als qualifizierter Tatbestand ausgestaltet werden.

Der Entwurf sollte sich nicht scheuen, bei einigen der schwersten Delikte, die das Gesetz kennt (Notzucht, Schändung und Raub), und die noch zusätzlich in besonders verwerflicher Weise begangen werden, mit seinen Strafdrohungen Ernst zu machen. Das gilt ebenso für die nicht zur Hochkriminalität zählenden Tatbestände des Landfriedensbruchs, § 296, der Nötigung zu Diensthandlungen und des Widerstandes, §§ 418 bis 421 i. V. m. § 422. Die Herbeiführung der

111) Ob diese zusätzliche Möglichkeit allerdings auch in einem Fall besteht, der zwar die Merkmale eines Regelbeispiels erfüllt, der aber wegen seines geringen Unrechts- und Schuldgehalts die Anwendung der Grundstrafdrohung rechtfertigt, wird noch zu erörtern sein.

112) Amtliche Begründung S. 362 zu § 206 a

Todesgefahr ist ein relativ eng begrenztes Kriterium, das keine wesentliche Spannweite bei Unrecht und Schuld zuläßt. Wenn die Schuld des Täters beispielsweise einmal durch das schuldhafte Verhalten des Opfers geringer erscheinen sollte, so ist für eine gerechte Beurteilung immer noch innerhalb des Strafrahmens des qualifizierten Tatbestandes genügend Raum.

6. Die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit

Die letzten Sätze des vorigen Abschnitts gelten auch für die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Körperverletzung, die bei § 296 und den §§ 418 bis 421 i. V. m. § 422 als "besonders schwerer Fall" angesehen wird, während sie im übrigen in § 148 Abs. 1 als Erschwerungstatbestand zu § 146 verwendet wurde. Auch hier handelt es sich um ein Merkmal, das durch Verweisung auf die Legaldefinition des § 147 Abs. 2 genau umschrieben ist. Es sind rein tatsächlich gleichliegende Fälle, die sich nach Unrechts- und Schuldgehalt erheblich vom Grundtatbestand abheben und eine zwingende Strafschärfung ohne weiteres rechtfertigen. Vergleichbare Fälle, die bei der Konstruktion dieses Merkmals als Qualifikationstatbestand nicht mit der erhöhten Strafe geahndet werden könnten, sind trotz der gegenüber § 223 a StGB eingeschränkten Fassung des § 148 Entwurf 1962 [113], der sie an Unrechts- und Schuldgehalt entsprechen müßten, kaum möglich. Sollte dennoch ein derartiger Fall geschehen, so reicht die Höchststrafdrohung des Grundtatbestandes (Gefängnis von einem - § 296 - bzw. fünf - § 422 - Jahren) zur angemessenen Bestrafung aus. Außerdem taucht dasselbe Problem bei der Körperverletzung auf, bei der man sich trotzdem für die zwingende, eine analoge Anwendung ausschließende Form entschieden hat.

Auch die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Körperverletzung sollte aus diesen Gründen einheitlich als Qualifikationstatbestand geregelt werden.

7. Die Verursachung des Todes

Bei der unterschiedlichen Verwendung dieses Begriffs bei den verschiedenen Delikten [114] stimmen die Maßstäbe insoweit, als die Verursachung des Todes bei den schwereren Delikten zwingend einen höheren Strafrahmen erfordert, während die Todesfolge bei den leichteren Delikten ein "besonders schwerer Fall" ist. Die einzige Ausnahme ergibt sich bei zahlreichen gemeingefährlichen Delikten, § 338 Abs. 1 Nr. 1 Entwurf 1962; hier wird allerdings "leichtfertiges", also grob

113) Vgl. die Amtliche Begründung S. 284 zu § 148
114) Vgl. oben S. 34

fahrlässiges (§ 18 Abs. 3 Entwurf 1962) Handeln verlangt, so daß insofern eine Steigerung gegenüber den sonstigen Fällen gegeben ist. Das gleiche gilt auch für die relativ schwerwiegenden Fälle der Aussetzung und der Wehrmittelsabotage, §§ 139 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 413 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962. Aus diesem Grunde können also gegen die verschiedenen Folgen, die sich an die Verursachung des Todes knüpfen, keine Bedenken erhoben werden.

Man könnte nur daran zweifeln, ob es angebracht ist, bei Eintritt der Todesfolge überhaupt "besonders schwere Fälle" anstelle zwingender Strafschärfung zuzulassen. Die Große Strafrechtskommission hatte ursprünglich diesen Weg nicht beschritten, sondern in derartigen Fällen stets Qualifikationstatbestände geschaffen [115]. Die "besonders schweren Fälle" sind dann mit der Begründung eingeführt worden, die zwingende Strafschärfung sei wegen der auch bei der Verursachung der Todesfolge vorkommenden milderen Fälle zu starr [116]. Gerade im Hinblick auf die Aussetzung des geltenden Rechts, die bei Todesfolge Zuchthaus nicht unter drei Jahren androht (§ 221 Abs. 3 StGB), scheint dieser Gesichtspunkt berechtigt. Man darf aber nicht außer Acht lassen, daß der Entwurf bei der Aussetzung mit leichtfertig verursachter Todesfolge lediglich Gefängnis nicht unter einem Jahr androht, die Strafschärfung des geltenden Rechts also erheblich gemildert hat. Dennoch bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, die Verursachung des Todes als "besonders schweren Fall" zu konstruieren, da der Amtlichen Begründung insoweit zuzustimmen ist, daß sich bei diesem Merkmal auch erheblich leichtere Fälle denken lassen, welche die Anwendung der Grundstrafdrohung rechtfertigen, zumal auch die Relation zwischen den Delikten der Hochkriminalität, bei denen die Todesfolge qualifizierend wirkt, und den leichteren Delikten, bei denen die Strafschärfung nicht zwingend ist, stimmt. Systematische Unzulänglichkeiten ergeben sich also hier nicht.

8. Die Verursachung einer schweren Körper- oder Gesundheitsschädigung

Unbefriedigend ist dagegen wieder teilweise die verschiedene Behandlung der Herbeiführung einer schweren Schädigung im Sinne des § 147 Abs. 2 Entwurf 1962 [117].

Zweifel werden insbesondere dadurch erweckt, daß der Eintritt eines derartigen Schadens bei einigen der schwersten Delikte nur einen "besonders schweren Fall" bildet. Die widerspruchsvollen Ergebnisse dieser Konstruktion zeigen

115) Vgl. die Zusammenstellung in den Niederschriften Bd. V S. 163
116) Amtliche Begründung S. 277 zu § 139
117) Vgl. oben S. 34

sich hier - ebenso wie bei der Herbeiführung der Todesgefahr [118] - bei den Sittlichkeitsdelikten.

Hat die Frau den Täter zur Gewaltanwendung bei Notzucht oder Schändung herausgefordert, so wird nach Ansicht der Amtlichen Begründung ein "besonders schwerer Fall" zu verneinen sein [119]. Liegt eine ebensolche Herausforderung bei den Unzuchtstatbeständen vor, so tritt die Straferhöhung zwingend ein; der Strafrahmen geht dann noch weit über den der Notzucht und Schändung hinaus, da die §§ 206 a Abs. 4, 208 Abs. 3 und 210 Abs. 5 Entwurf 1962 Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren vorsehen. Die Relation der Strafdrohungen ist also bei diesen Delikten systematisch fehlerhaft.

Hinsichtlich der uneinheitlichen Verwendung bei den übrigen Delikten bestehen derartige Bedenken nicht, obgleich es auch beim Raub und diesem in der Strafdrohung gleichen Tatbeständen (§§ 247, 261 und 282 Entwurf 1962) im ersten Moment überrascht, daß bei vorsätzlicher Herbeiführung einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit die Straferhöhung nicht zwingend vorgeschrieben ist. Man muß hierbei aber berücksichtigen, daß der Tatbestand der schweren Körperverletzung in § 147 Entwurf 1962 erheblich weiter gefaßt ist als in § 224 StGB, so daß die Bildung eines "besonders schweren Falles" anstelle eines Qualifikationstatbestandes - wie § 251 StGB - hingenommen werden kann.

9. Sonstige Merkmale

Die verschiedene Verwendung der Merkmale der Drohung mit einem Verbrechen und der Herbeiführung wirtschaftlicher Bedrängnis bei dem Opfer [120] mag gesetzestechnisch nicht ideal sein, erweckt aber keine systematischen Bedenken, da die schwereren Delikte die Strafschärfung zwingend vorschreiben.

Der umgekehrte Fall, der zwischen der Nötigung zur Unzucht und der Schändung einerseits und der Körperverletzung andererseits auftritt, falls diese Taten mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen werden [121], ist ebenfalls im Verhältnis der Strafdrohungen zueinander nicht problematisch. Zwar ermöglichen die §§ 205 und 207 im Gegensatz zu § 148 Abs. 2 die Anwendung der Grundstrafdrohung, doch liegen die Strafrahmen dann immer noch so weit auseinander, daß Widersprüche nicht auftreten können [122]. Etwas ähnliches ergibt sich im Verhältnis

118) Vgl. oben S. 72 ff
119) S. 362 zu § 205
120) Vgl. oben S. 34
121) Vgl. oben S. 34
122) §§ 205 und 207: Zuchthaus bis zu zehn Jahren im Grundtatbestand; § 148: Gefängnis bis zu fünf Jahren

zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung an einer Sache von Bedeutung für Kunst, Wissenschaft und dergleichen, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befindet oder öffentlich ausgestellt ist, §§ 236 Satz 2 Nr. 5 und 250 Abs. 1 Nr. 4.

Auch hinsichtlich der verschiedenartigen Verwendung des Merkmals der Gewinnsucht [123] ergeben sich keine Widersprüche bei der Ausgestaltung der Strafrahmen. Die Regelung läßt allerdings insofern systematische Klarheit vermissen, als nur bei einem Delikt, der Personenstandsfälschung, § 202 Entwurf 1962, die Gewinnsucht einen qualifizierten Tatbestand bildet, während sie in den übrigen fünfzehn Fällen einen "besonders schweren Fall" darstellt.

Möglicherweise handelt es sich hier noch um ein Relikt aus dem Entwurf 1936, bei dem die Personenstandsfälschung, § 198, ebenfalls das einzige Delikt war, bei dem das Handeln aus Gewinnsucht einen qualifizierten Tatbestand bildete.

Es wäre aus methodischen Gründen angebracht, das Merkmals des Handelns aus Gewinnsucht einheitlich zu gestalten, da zwingende Gründe für eine unterschiedliche Regelung nicht ersichtlich sind.

Schließlich seien noch die letzten Merkmale dieser Reihe erwähnt:

Bei zahlreichen gemeingefährlichen Delikten ist die Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen, § 338 Abs. 2 Nr. 3, in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen, § 338 Abs. 1 Nr. 2, und das Handeln als Mitglied oder im Auftrag einer Gruppe, der solche Taten als Mittel für ihre Zwecke dienen, § 338 Abs. 1 Nr. 3, ein "besonders schwerer Fall"; dagegen bilden dieselben Merkmale bei Eingriffen in den Bahn-, Schiffs- oder Luftverkehr, § 342 Abs. 3 Nr. 1, 3 und 4, und den Straßenverkehr, § 344 Abs. 3, einen qualifizierten Tatbestand.

Eine Erklärung für die verschiedene Verwendung dieser Merkmale wird in der Amtlichen Begründung nicht gegeben; es fällt auch schwer, einen Unterschied zu finden. Diese Merkmale zeugen einerseits von besonders starker krimineller Handlungskraft, andererseits sind sie selten und weisen im Hinblick auf Unrecht und Schuld einen relativ engen Spielraum auf, so daß nichts im Wege gestanden hätte, für diese Fälle einheitlich qualifizierte Tatbestände vorzusehen. Liest man die Amtliche Begründung zu § 338 Abs. 1, so scheint sich daraus die Erklärung für die Rechtsfigur der "besonders schweren Fälle" zu ergeben: Diese Merkmale werden bei einigen Tatbeständen verwendet, bei

---

123) Vgl. oben S. 34

denen sie "der Natur der Sache nach praktisch ausscheiden" [124]. Die Verfasser des Entwurfs haben sich anscheinend nicht darum bemüht, für die einzelnen gemeingefährlichen Delikte typische Erschwerungsformen herauszufinden, sondern nur einige Kriterien aufgestellt, die nicht für alle in § 338 Abs. 1 bezeichneten Tatbestände charakteristisch sind und die man ohne genaue Prüfung aus dem Entwurf 1936 übernommen hat [125]. Da in diesem Fall die Bildung von qualifizierten Tatbeständen mangels Fehlens einer typischen Erschwerungsform ungeeignet war, hat man diese Merkmale zu "besonders schweren Fällen" gemacht. So hat in diesem Fall der Gesetzgeber seine Aufgabe dem Richter übertragen, der an Hand von Beispielen, die für einige der zu entscheidenden Fälle überhaupt nicht zutreffen, andere, diesen an Unrechts- und Schuldgehalt gleichkommende Sachverhalte entscheiden soll.

Die Nr. 2 und 3 des § 338 Abs. 1 sind offensichtlich bei den §§ 337 und 337 a (Baugefährdung und Gefährdung durch Elektrizität oder Gas) fehl am Platze, da es tatsächlich nicht vorkommen wird, daß ein Täter beispielsweise bei der Planung eines Baues gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt, um in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen.

Die Verfasser des Entwurfs haben es sich bei der Aufstellung erschwerender Umstände bei den gemeingefährlichen Delikten zu einfach gemacht, wenn sie glaubten, die Ungeeignetheit einiger erschwerter Fälle dadurch ausgleichen zu können, daß man sie als "besonders schwere Fälle" konstruierte und damit dem Richter alle Verantwortung aufbürdet.

Der Entwurf hätte besser daran getan, nur bei den Delikten, bei denen die oben erwähnten Merkmale typischerweise auftreten können, diese Umstände zur Bildung qualifizierter Tatbestände zu verwenden. Dann wäre die einheitliche Behandlung mit den Verkehrsstraftaten hergestellt. Zum anderen würde man dem Richter nicht das Arbeiten mit einem bei einigen Delikten praktisch unbenannten "besonders schweren Fall" zumuten.

B. "MINDER SCHWERE FÄLLE" UND DIE MÖGLICHKEIT DES ABSEHENS VON STRAFE BEI "BESONDERS SCHWEREN FÄLLEN"

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß bei zahlreichen Delikten, die bis auf eine Ausnahme (Fahrlässige Tötung, § 138 Entwurf 1962) zur Hochkriminalität

---

124) Amtliche Begründung S. 515 zu § 338

125) Die Erregung von Angst oder Schrecken wurde generell bei den gemeingefährlichen Delikten als "besonders schwerer Fall" angeführt, § 319 Entwurf 1936

gehören, neben "besonders schweren Fällen" auch auf der anderen Seite "minder schwere Fälle" zugelassen sind [126].

Die hierbei auftauchenden Fragen betreffen das Verhältnis der "besonders schweren Fälle" zu diesen für den Täter vorteilhaften Bestimmungen.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Richter, nachdem er trotz Vorliegens der Merkmale eines Regelbeispiels einen "besonders schweren Fall" verneint hat, nun noch weitergehen und einen "minder schweren Fall" annehmen kann. Der Richter hätte dann die Möglichkeit, statt der bei der Mehrzahl dieser Delikte für "besonders schwere Fälle" angedrohten Zuchthausstrafe von mindestens fünf Jahren bei Bejahung eines "minder schweren Falles" auf Gefängnis von sechs Monaten an zu erkennen. [127]

Der gesetzliche Wortlaut steht grundsätzlich einer solchen Möglichkeit nicht entgegen. In den Beratungen der Großen Strafrechtskommission hat man sich mit dieser Frage nicht beschäftigt. Es ist auch zuzugeben, daß dieser Fall in der Regel nicht auftreten wird, begrifflich ausgeschlossen ist er aber nicht.

Hält man eine derartige Konstruktion für möglich - und es sprechen keine zwingenden Gesichtspunkte dagegen - dann werden z. B. die bei den Sittlichkeitsdelikten schon merkwürdigen Konsequenzen [128] geradezu grotesk:

Fordert eine Frau durch ihr vorangegangenes schuldhaftes Verhalten den Täter heraus, und bringt er sie bei den folgenden Handlungen vorsätzlich in die Gefahr des Todes, so kann ihm nur empfohlen werden, das Opfer zum Beischlaf zu nötigen und nicht nur zu Handlungen, die das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht verletzen. Nur im letzteren Fall ist zwingend die Zuchthausstrafe bis zu fünfzehn Jahren vorgesehen (§ 206 a Abs. 4 Satz 1), während im ersten Fall, da hier nach Ansicht der Amtlichen Begründung ein "besonders schwerer Fall" häufig zu verneinen sein wird [129], nur Zuchthaus bis zu zehn Jahren angedroht und die Verhängung einer Gefängnisstrafe bei Annahme eines "minder schweren Falles" nicht ausgeschlossen ist. Zwar kann das mitwirkende Verschulden der Frau nicht allein dazu führen, einen "minder schweren Fall" zu bejahen [130], es lassen sich aber weitere schuld- oder unrechtsmindernde Gründe denken, die zur Bestrafung wegen eines "minder schweren Falles" führen können, beispielsweise die Jugend des Täters oder ein besonders positives Verhalten nach der Tat.

---

126) Vgl. oben S. 37 Anm. 29

127) So bei den §§ 207, 246, 247, 261, 282, 320, 323 Abs. 2, 327 und 388 Entwurf 1962

128) Vgl. oben S. 72 f

129) S. 362 zu § 205

130) Zwar wird von der Amtlichen Begründung S. 362 zu § 204 dieser Fall ange-

Diese Konsequenzen können nur dadurch vermieden werden, daß entweder die Strafdrohungen vergleichbarer Delikte besser aufeinander abgestimmt werden oder eine Bestimmung vorgesehen wird, wonach bei Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels ein "minder schwerer Fall" ausgeschlossen ist.

Die Möglichkeit der Strafmilderung nach § 64 Abs. 2 Entwurf 1962 und des Absehens von Strafe bei der Aussetzung und der Vorschrift über verbrecherische Vereinigungen, §§ 139 Abs. 3 und 294 Abs. 6 Entwurf 1962, ist dagegen in Bezug auf die "besonders schweren Fälle" unproblematisch, da es durchaus rechtens ist, auch dem unter erschwerenden Umständen handelnden Täter einen "Anreiz zur tätigen Reue" [131] zu bieten.

C. DIE GEFAHR DER AUFWEICHUNG DER STRAFDROHUNGEN

Es hat sich also herausgestellt, daß bei sehr vielen Merkmalen, die gleichzeitig zur Bildung "besonders schwerer Fälle" und qualifizierter Tatbestände verwendet werden, systematische Unzulänglichkeiten entstehen können. Das gilt insbesondere von den Sittlichkeitsdelikten, bei denen die Relation zwischen den erschwerten Fällen der Notzucht und der Schändung einerseits und den Unzuchtstatbeständen andererseits nicht stimmt. Gleiche Bedenken tauchen auch bei der verschiedenen Behandlung der gewerbsmäßigen Begehung auf: Schwerere Delikte würden zum Teil beim Hinzutreten erschwerender Umstände milder bestraft werden als kriminell leichtere Delikte, bei denen dieselbe Erschwerung vorliegt. Bei zahlreichen übrigen erschwerenden Umständen ergeben sich zwar derartige Unzuträglichkeiten zwischen den Strafdrohungen der verschiedenen Delikte nicht, es fehlt aber ein zwingender Gesichtspunkt für die unterschiedliche Gestaltung.

Es kommt hinzu, daß durch die gleichzeitige Möglichkeit, einen "minder schweren Fall" bei den Delikten zu bejahen, die auch "besonders schwere Fälle" kennen, die Strafdrohungen aufgeweicht werden.

Die Neigung des Entwurfs 1962, bei vielen zur Hochkriminalität zählenden Tatbeständen bestimmte Umstände nur als Regelbeispiele zu verwenden, die bei anderen, leichteren Delikten stets zur Strafschärfung führen, zeugt von einer ver-

---

Fortsetzung der Fußnote 130) von Seite 79:
führt, doch ist damit offensichtlich nur die Rückführung des "Normalfalles" des § 204 auf einen "minder schweren Fall" gemeint. Eine Doppelbewertung dieses Umstandes in Gestalt einer zweistufigen Reduzierung vom "besonders schweren" gleich zum "minder schweren Fall" erscheint ausgeschlossen.

131) Amtliche Begründung S. 277 zu § 139

fehlten Neigung zum Kompromiß bei systematischen Fragen. Handlungen, die eine stets gleichbleibende kriminelle Intensität verraten (Berufs-, Banden- und Gewerbsmäßigkeit, die Herbeiführung von Todes- oder Körperverletzungsgefahr und die Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen oder Angst oder Schrecken zu erregen), sollten auch einheitlich zu qualifizierten Tatbeständen gemacht werden und nicht nur bei den kriminell weniger schweren Delikten, wie es teilweise geschehen ist. Ein Strafgesetzbuch, das in seinen Strafdrohungen inkonsequent ist, kann nicht befriedigen.

III. WILLKÜRLICHKEIT BEI DER FESTLEGUNG VON REGELBEISPIELEN

Die Schwierigkeit für die Verfasser des Entwurfs 1962 bestand bei der grundlegenden Umgestaltung der "besonders schweren Fälle" darin, für jedes Delikt, das mit derartigen Fällen ausgestattet werden sollte, geeignete Beispiele zu finden. Wenn solche Exemplifikationen dem Richter überhaupt eine Anleitung geben können, dann nur, wenn sich mehrere typische Fälle formulieren lassen [132].

An diese Grundregel hat sich der Entwurf gehalten. Das ist auch nicht schwergefallen bei den Delikten, bei denen der qualifizierte Tatbestand des geltenden Rechts in einen "besonders schweren Fall" aufgelöst wurde [133] oder bisherige "besonders schwere Fälle" erhalten blieben [134]. Weit schwieriger war die Bildung "besonders schwerer Fälle" bei den Tatbeständen, die es entweder im geltenden Recht noch nicht gab, oder bei denen so mannigfaltige erschwerende Umstände vorkommen, daß sie sich einer genauen Beschreibung häufig entziehen.

---

132) EB. SCHMIDT, Niederschriften Bd. V S. 171 verlangt sogar vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus mehr als zwei Beispiele. Man wird es aber als ausreichend ansehen können, wenn zwei Beispiele angegeben sind, die typische Erschwerungen treffen.

133) So bei den §§ 243 und 239 Abs. 2 und 3 StGB, die im wesentlichen zu den §§ 236 und 164 Entwurf 1962 wurden.

134) §§ 292 Abs. 2 und 293 Abs. 2 StGB und §§ 277 und 280 Entwurf 1962

A. DIE UNMÖGLICHKEIT, TYPISCHE REGELBEISPIELE ZU FINDEN

Zur ersten Gruppe gehören die schon erwähnten "besonders schweren Fälle" bei einigen gemeingefährlichen Delikten.

Aber auch bei bisher besonders häufig auftretenden Bestimmungen standen die Verfasser des Entwurfs vor dem Problem, der Grundauffassung entsprechende Beispiele aufzustellen.

Typisch hierfür sind die "besonders schweren Fälle" der Unterschlagung, § 240 Entwurf 1962.

Noch im V. Band der Niederschriften der Großen Strafrechtskommission betonte TRÖNDLE den Standpunkt des Bundesjustizministeriums, es sei bei der Unterschlagung nicht möglich, geeignete Regelbeispiele zu finden [135]. Dieser Ansicht wurde auch weitgehend zugestimmt [136].

> Der Fall der Amtsunterschlagung sollte nach dem Willen der Mehrheit der Kommissionsmitglieder als qualifizierter Tatbestand geregelt werden [137].

Ebenso bestand ursprünglich die Tendenz, auch bei der Untreue auf "besonders schwere Fälle" zu verzichten [138].

Gerade bei diesen Delikten ist eine erhöhte Strafe dann angebracht, wenn ein besonders hoher Schaden eintritt. Dieser Fall eignet sich aber nicht als Regelbeispiel für einen "besonders schweren Fall", da hierbei von einer ausgeprägten Wertgruppe keine Rede sein kann.

Die gleichen Erwägungen gelten auch für den Betrug. Anders als z. B. beim Diebstahl wird bei diesem Delikt auch die erhöhte Strafe meist wegen einer bloßen quantitativen Erhöhung von Unrecht und Schuld ausgesprochen, nicht wegen einer qualitativen Steigerung. Ein rein quantitatives Mehr an Unrecht und Schuld ist aber

---

135) Niederschriften Bd. V S. 9

136) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. VI S. 61; DREHER, Niederschriften Bd. VI S. 20; GALLAS, Niederschriften Bd. VI S. 61; JESCHECK, Niederschriften Bd. VI S. 62; EB. SCHMIDT, Niederschriften Bd. VI S. 62; WELZEL, Niederschriften Bd. VI S. 64

137) GALLAS, Niederschriften Bd. VI S. 62; JESCHECK, Niederschriften Bd. VI S. 62; SCHÄFER, Niederschriften Bd. X S. 338; EB. SCHMIDT, Niederschriften Bd. VI S. 62

138) KOFFKA, Niederschriften über die 3. Arbeitstagung der II. Unterkommission; auch DREHER, Niederschriften Bd. VI S. 20, hielt es für sehr schwierig, geeignete Beispiele zu finden.

zur Bildung einer Wertgruppe, wie sie für die "besonders schweren Fälle" gefordert wird, nicht ausreichend. Deshalb bemühte man sich gerade bei Unterschlagung, Untreue und Betrug in besonderem Maße, treffende Beispiele zu finden, wobei zugegeben wurde, daß im Grunde keine vorhanden seien [139]. Bezeichnenderweise haben einige Mitglieder der Kommission ohne weiteres bekannt, daß einige Regelbeispiele "mehr zufällig" [140] ausgewählt wurden und nicht in jedem Fall ein deutliches Indiz für die Erhöhung von Unrecht und Schuld darstellen [141].

Einen interessanten Aspekt für die Gesichtspunkte, nach denen z.B. beim Betrug die "besonders schweren Fälle" ausgewählt wurden, bietet die Niederschrift über die 2. Arbeitstagung der III. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission [142]: Man hatte die Absicht, auch bei Betrug "besonders schwere Fälle" zu schaffen, fand aber keine passenden Regelbeispiele. Daraufhin wurde angeregt, die Gewerbsmäßigkeit zur Charakterisierung zu verwenden. Im Anschluß daran wurde vorgeschlagen, die "besonders schweren Fälle" des Versicherungsbetruges beim Betrug zu übernehmen, was auch geschah. Die Niederschrift fährt wörtlich fort: "Da nunmehr die Notwendigkeit für die Regelung des gewerbsmäßigen Betruges als eines besonders schweren Falles nicht mehr bestand, kam man überein, diesen als qualifizierten Tatbestand zu regeln" [143]. Dieses Hin und Her zeigt, daß die Beispiele der "besonders schweren Fälle" bei diesen Delikten nicht unbedingt auf Grund dogmatischer, kriminologischer oder rechtspolitischer Notwendigkeiten gebildet wurden. Da man bei Betrug benannte "besonders schwere Fälle" verwenden wollte, entsprechende Regelbeispiele aber nicht zur Verfügung standen, suchte man mehr oder weniger willkürlich einige Fälle heraus, wenn sie auch kaum jemals praktisch werden und keinen Leitbildcharakter haben (wie das Vortäuschen eines Versicherungsfalles, nachdem ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht worden ist). Von der Bildung echter Wertgruppen, an die der Richter sich zur Bestrafung analoger Fälle halten soll, kann hier keine Rede sein.

---

139) Vgl. Anm. 136) und 137) und ferner die Niederschriften über die 2. Arbeitstagung der II. Unterkommission S. 14; ebenso auch Amtliche Begründung S. 425 zu § 253.

140) GALLAS, Niederschriften Bd. XII S. 280

141) SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. XII S. 29, 277; vgl. auch Bd. VII S. 176

142) S. 14

143) S. 14
Der Entwurf 1962 hat die gewerbsmäßige Begehung wieder zum "besonders schweren Fall" gemacht, vgl. § 253 Satz 2 Nr. 1.

Es mutet deshalb sehr gekünstelt an, wenn der Entwurf bei Unterschlagung und Betrug die Erlangung solcher Gegenstände als "besonders schweren Fall" konstruiert, die für gemeinnützige oder mildtätige Zwecke bestimmt sind. Hiermit vergleichbare Sachverhalte sind sicher selten.

Man kann eben nicht an der Tatsache vorübergehen, daß bei Unterschlagung, Betrug und Untreue, abgesehen vielleicht vom Mißbrauch der Amtsstellung, ein erschwerter Fall in der Regel dann vorliegt, wenn der angerichtete Schaden sehr hoch ist. Dieser Fall hat aber - wie bereits erwähnt - nur eine quantitative Erhöhung von Unrecht und Schuld zum Inhalt und ist im übrigen so selbstverständlich und deshalb nichtssagend, daß er zur Bildung einer Wertgruppe ungeeignet ist. Der beim Betrug auch häufig auftretende Fall des besonders arglistigen Verhaltens des Täters, z. B. bei Rentnerbetrügern und Grußbestellern, wurde zu Recht nicht als "besonders schwerer Fall" ausgestaltet, da die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts drohen würde und man die "besonders schweren Fälle" von der Unrechtsseite her ausprägen wollte. [144]

Man könnte deshalb erwägen, bei diesen Delikten auf "besonders schwere Fälle" zu verzichten [145] und den Strafrahmen des Grundtatbestandes auf fünf Jahre zu erhöhen. Allerdings wäre dann auch der Mißbrauch der Amtsstellung bei diesen Tatbeständen kein "besonders schwerer Fall" mehr, da er als einziges geeignetes Regelbeispiel zu wenig typisierend für die Anwendung auf gleiche schwere Sachverhalte wäre. Wenn man diesen strafschärfenden Umstand beibehalten wollte, müßte er als qualifizierter Tatbestand konstruiert werden. Hiergegen sprechen zwar die oben [146] erwähnten Nachteile zwingender Kasuistik, sie sind aber der krampfhaften Bildung "besonders schwerer Fälle" um jeden Preis und ohne Eignung zur Wertgruppenbildung bei maßvoller Verwendung vorzuziehen.

Die Begrenzung der Höchststrafe auf fünf Jahre Gefängnis würde auch bei Betrug und Untreue mit kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht kollidieren, da in den letzten Jahren eine fünf Jahre übersteigende Strafe bei den §§ 263 und 266 StGB nur in ganz ungewöhnlichen Ausnahmefällen verhängt worden ist [147].

---

144) LANGE, Niederschriften Bd. I S. 138

145) Dafür haben sich bei der Erörterung der Unterschlagung sämtliche in der Großen Strafrechtskommission vertretenen Strafrechtslehrer mit Ausnahme LANGES ausgesprochen, vgl. Niederschriften Bd. VI S. 64

146) S. 71

147) Die Statistik der Verurteilten und Abgeurteilten der Bundesrepublik weist bei § 263 StGB in den Jahren 1954 bis 1961 insgesamt 280 519 Verurteilungen aus, bei denen in nur 12 Fällen eine fünf Jahre übersteigende Strafe ausgesprochen wurde. Hinsichtlich der Untreue stehen im gleichen Zeitraum 27 188 Verurteilungen nur 4 fünf Jahre übersteigende Strafen gegenüber.

B. REIN QUANTITATIVE STEIGERUNG VON UNRECHT UND SCHULD

Es entspricht der Grundauffassung des Entwurfs 1962, die "besonders schweren Fälle" in Gestalt einer qualitativen - nicht quantitativen - Erhöhung von Unrecht und Schuld zu konstruieren [148]. Andernfalls kann von der Bildung von Wertgruppen nicht gesprochen werden.

Berücksichtigt man diese Erwägungen, so befriedigen die "besonders schweren Fälle" der fahrlässigen Tötung, § 138 Abs. 2 Entwurf 1962, nicht.

Der "besonders schwere Fall" des § 138 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, die Verursachung des Todes vieler Menschen, betrifft eine rein quantitative Erhöhung des Unrechts. Auf diesen Gesichtspunkt hat schon ROSENFELD [149] hingewiesen, der die lediglich quantitativ gesteigerte Folgeerscheinung nicht für einen brauchbaren Strafbemessungsgrund hielt. Die Tatsache, daß anstelle eines Menschen gleich mehrere getötet werden, stellte keinen "qualifizierten Typus" [150] dar, sondern eine rein zahlenmäßige und lineare Vergrößerung des angerichteten Schadens. Hier wird ein Fall gleichartiger Idealkonkurrenz [151] allein wegen dieser rechtlichen Wertung zum "besonders schweren Fall" gemacht, qualitativ unterscheidet sich dieser Umstand in keiner Weise vom Grundtatbestand.

Das gleiche gilt von Nr. 1 des § 138 Abs. 2 Satz 2, der "leichtfertigen" Verursachung des Todes. In diesem Fall ist lediglich die Schuld quantitativ erhöht: Ein Mehr an Fahrlässigkeit soll auch zu einem Mehr an Strafe führen. Das ist sicher richtig, aber nicht geeignet, dem Richter einen Anhaltspunkt in Gestalt eines auch auf andere Fälle anwendbaren Leitbildes zu geben, da eine Selbstverständlichkeit keine gegenüber der Grundstrafdrohung herausragende Wertgruppe bilden kann.

Die "besonders schweren Fälle" der fahrlässigen Tötung sind also theoretisch und praktisch unbrauchbar. Die Entwürfe 1959 und 1960 hatten bei diesem Delikt auch noch keine derartigen Erschwerungen vorgesehen, sondern nur die Grundstrafdrohung wie im geltenden Recht auf fünf Jahre Gefängnis festgesetzt. Bedenken wegen eines möglicherweise zu weiten Strafrahmens bestehen nicht, zumal auch der Entwurf 1962 bei zahlreichen fahrlässig begangenen Delikten

148) Vgl. TRÖNDLE, Niederschriften Bd. V S. 10; GALLAS, Niederschriften Bd. VI S. 22 und Bd. XII S. 280

149) VDA Bd. III S. 154

150) GALLAS, Niederschriften Bd. XII S. 280

151) MEZGER-BLEI, AT S. 269

eine Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren kennt [152]. Da die "besonders schweren Fälle" der fahrlässigen Tötung also mit der Grundauffassung über dieses Institut nicht übereinstimmen, ein Bedürfnis für sie auch nicht besteht, können sie unter gleichzeitiger Heraufsetzung der Gefängnisstrafe auf fünf Jahre gestrichen werden.

IV. DAS VERHÄLTNIS DER REGELBEISPIELE GEGENÜBER § 62 ENTWURF 1962

Es wurde oben [153] bereits auf die Ansicht der Verfasser des Entwurfs hingewiesen, daß beim tatsächlichen Vorliegen der Merkmale eines Regelbeispiels Unrecht und Schuld gegenüber dem Normalfall des Delikts wesentlich erhöht sein sollten. Die konkrete Fassung der Beispielsfälle sollte das Spiegelbild der abstrakten Formel des § 62 sein. Der Richter sollte davon ausgehen können, daß die Regelbeispiele so ausgewählt sind, daß sie in der Regel eine Erhöhung von Unrecht und Schuld zum Inhalt haben. Wenn man der Intention des Entwurfs folgt, dann müßten die Merkmale der Regelbeispiele begrifflich in jedem Fall Unrecht und Schuld erhöhen.

Bevor näher untersucht werden soll, ob das bei allen Beispielsfällen auch zutrifft, soll auf die Bedeutung der Begriffe "Unrecht" und "Schuld" im Sinne des § 62 Entwurf 1962 eingegangen werden.

A. DIE BEGRIFFE "UNRECHT" UND "SCHULD"

Unrecht und Schuld gehören zu denjenigen Begriffen der Strafrechtsdogmatik, die nie völlig geklärt waren, verschiedene Wandlungen durchgemacht und durch die Verwendung im Entwurf 1962 an Bestimmtheit nichts gewonnen haben. Mit Recht stellt ENGISCH [154] fest, die Grenzen von Unrecht und Schuld seien in Verwirrung geraten. Namhafte Mitglieder der Großen Strafrechtskommission versichern, sie wüßten nicht, was mit diesen Begriffen genau gemeint sei [155]. Nur darüber besteht Einigkeit, daß man beide Begriffe voneinander trennen müsse.

Eine andere Auffassung vertritt insoweit nur HARDWIG [156], der die Schuld in ihrem ganzen Umfang dem Unrecht zurechnen will. Inwieweit diese Lehre

---

152) §§ 320 Abs. 4, 323 Abs. 3, 327 Abs. 3, 328 Abs. 4 (drei Monate bis zu fünf Jahren); 329 Abs. 4, 330 Abs. 3 (sechs Monate bis zu fünf Jahren); 342 Abs. 4 (Gefängnis bis zu fünf Jahren).

153) S. 31 f

154) Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Bd. I S. 402

155) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. XII S. 282; GALLAS, Niederschriften Bd. XII S. 282; vgl. auch SARSTEDT, Referat S. D 33

156) ZStW 68, 14 (31)

"noch nicht ganz ausgeglichen" [157] ist, braucht nicht näher erörtert zu werden, da die hier interessierende Ansicht des Entwurfs 1962 von einem Gegensatz beider Begriffe ausgeht.

1.

So vielfältig die Auffassungen in der Literatur zu den Begriffen Unrecht und Schuld auch sind, eines kann als überwiegende Ansicht festgehalten werden: Man darf Unrecht und Schuld nicht mir Außen und Innen des Tatgeschehens gleichsetzen [158]. Diese auf BELING [159] zurückgehende Auffassung, zuletzt noch von HELLMUTH MAYER [160] vertreten, ist abzulehnen, da sie der Lehre von den subjektiven Unrechtsmerkmalen [161] nicht gerecht wird. Abgesehen von dieser relativ leicht zu widerlegenden Ansicht wird eine Vielzahl von Meinungen geäußert [162]. Die heute überwiegende Auffassung geht zum großen Teil auf MEZGER [163] zurück, der davon ausging, daß Unrecht und Schuld nicht stets mit objektiv und subjektiv identisch seien, sondern daß es auch subjektive Unrechtselemente und objektiv bestimmte Schuldmerkmale gäbe [164]; er bezeichnet das Unrecht als das "unpersönlich-objektive Urteil der Rechtsordnung über die Tat", die Schuld als die "persönlich-subjektive Zurechnung der Tat einem bestimmten Täter gegenüber" [165]. Auf eine kurze Formel gebracht, betrifft die Schuld den Täter, das Unrecht die Tat.

Diese zuletzt erwähnte schlagwortartige Formulierung wird im wesentlichen auch von den Autoren gebilligt, die der Ansicht von MEZGER zu Unrecht und Schuld im übrigen nicht folgen [166]. Man kann also fast sämtliche Meinun-

---

157) So ENGISCH in der Rittler-Festschrift S. 182 Anm. 32

158) KOHLRAUSCH-LANGE Vorbem. I; MAIHOFER, Rittler-Festschrift S. 141; MEZGER-BLEI, AT S. 46; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. zu § 1 Rdn. 9

159) Lehre vom Verbrechen S. 76 f., 178

160) Strafrecht S. 101 ff., 214

161) Die Ursprünge dieser Lehre finden sich bei Hans Albrecht FISCHER (Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911), HEGLER (Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 19) und MAX ERNST MAYER (Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915).

162) Vgl. darüber SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 139 ff

163) Zuerst in GerS 89, 207 (insbesondere S. 259)

164) a. A. aber SAUER, Strafrechtslehre S. 22 f

165) MEZGER, NJW 1953, 2 (3); MEZGER-BLEI, AT S. 46

166) Vgl. MAURACH, AT S. 278 f.; WELZEL S. 56, 120; a. A. aber MAIHOFER, Rittler-Festschrift S. 153; SAUER, Strafrechtslehre S. 23

gen wenigstens insoweit auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen, als das Unwerturteil der Schuld den Täter betrifft, während das Unrecht die Tat kennzeichnet [167].

Es ist deshalb nicht erforderlich, sämtliche in der Strafrechtsdogmatik vertretenen Ansichten zu Unrecht und Schuld zu untersuchen, zumal auch der Entwurf 1962 diese Begriffe nicht in einem so eng begrenzten Umfang verstanden wissen will, wie sie in der Wissenschaft bisher Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen waren.

2.

Im geltenden Recht werden die Begriffe Unrecht und Schuld lediglich auf die Verwirklichung des Tatbestandes bezogen [168]. Der Entwurf 1962 scheint diese Begriffe aber in einem weiteren Sinne zu verwenden, da auch Umstände, die zeitlich vor oder nach der Tat eintreten, Unrecht oder Schuld beeinflussen können. Die Amtliche Begründung läßt es offen, ob insoweit eine Erweiterung des Schuldbegriffs über die reine Tatschuld hinaus stattfindet [169]. In der Großen Strafrechtskommission gingen die Ansichten auseinander. Während LACKNER [170] Unrecht und Schuld auch bei den "besonders schweren Fällen" als Tatunrecht und Tatschuld verstehen wollte, meinte JESCHECK [171], in diesen Fällen werde ein anderer Unrechts- und Schuldbegriff zugrunde gelegt. Auch MAIHOFER [172] stellt dem Begriff der Tatschuld in § 2 Entwurf 1962 die Schuld als besondere Strafwürdigkeit in § 62 des Entwurfs gegenüber. Diese Abweichung will SAX [173] dadurch wieder auf den Begriff der Tatschuld zurückführen, daß er die in § 62 des Entwurfs enthaltene Regelung als Indiz für die zur Zeit der Tat und in der Tat manifestierte Schuld wertet. Wenn jedoch Umstände, die einige Zeit nach der Tatbestandsverwirklichung liegen (z. B. wenn der Täter sein Opfer verhöhnt oder die gestohlene Amati ver-

---

167) MAURACH, AT S. 278

168) MAURACH, AT S. 277; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. zu § 1 Rdn. 3 ff.; WELZEL S. 120

169) S. 180 f. zu § 60

170) Niederschriften Bd. XII S. 22; a. A. aber Bd. XII S. 275

171) Niederschriften Bd. IV S. 271; Bd. XII S. 21; ebenso BALDUS, Niederschriften Bd. XII S. 23; BOCKELMANN, Niederschriften Bd. IV S. 271; FRÄNKEL, Niederschriften Bd. XII S. 25; GALLAS, Niederschriften Bd. IV S. 272; KOFFKA, Niederschriften Bd. IV S. 274; LANGE, Niederschriften Bd. V S. 211; vgl. auch BAUMANN, GA 1964, 193 (202).

172) Diskussion auf der Strafrechtslehrertagung 1957 in Würzburg, zitiert bei SAX, ZStW 69, 412 (419 Anm. 1)

173) ZStW 69, 412 (419 Anm. 1)

brennt [174], ein Zeichen gesteigerter Schuld sein sollen, kann es sich nicht um eine zur Zeit der Tatbestandverwirklichung bereits vorhandene Schuld handeln. Entsprechendes gilt für den Begriff des Unrechts.

Eine ähnliche Auffassung vertritt auch SCHWALM [175], der die Schuld überall dort, wo Umstände vor oder nach der Tat als schulderhöhend berücksichtigt werden können, im Sinne einer Persönlichkeits-, Lebensführungs- oder Charakterschuld verstanden wissen will.

Bei der Entscheidung dieser Frage wird man davon ausgehen müssen, daß in § 62 des Entwurfs ein anderer als der übliche Unrechts- und Schuldbegriff gemeint ist, da Unrecht und Schuld der Tat streng genommen nicht durch Umstände beeinflußt werden können, die vor oder nach Begehung der Tat eintreten. Wenn man die Begriffe Tatunrecht und Tatschuld beibehalten will, muß man sich darüber im Klaren sein, daß dann der Ausdruck "Tat" in einem wesentlich erweiterten Sinn zu verstehen ist [176].

Um den Begriff der Tat nicht zu weit ausdehnen zu müssen, könnte es angebracht erscheinen, nicht von Tatunrecht und Tatschuld zu sprechen, sondern etwa von "Tatverhaltens-" oder "Tatsphärenunrecht". Dadurch würde deutlich, daß sich Unrecht und Schuld nicht nur auf die Tat im Sinne der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes erstrecken, sondern den gesamten, mit der Tat unmittelbar zusammenhängenden Sachverhalt erfassen. Der nicht zu übersehende Nachteil liegt aber darin, daß neue Begriffsverbindungen eingeführt werden, welche die ohnehin umstrittenen Begriffe von Unrecht und Schuld nur noch komplizieren und neue Angriffspunkte bieten. Man kann ruhigen Gewissens die jetzige Terminologie beibehalten, wenn man sich nur vor Augen hält, daß Unrecht und Schuld nicht auf die engen Begriffe von Tatunrecht und Tatschuld beschränkt sind.

Diese rein systematischen Fragen sind jedoch in diesem Zusammenhang nicht von großer praktischer Bedeutung, da sie am bisherigen Rechtszustand nichts ändern [177]. Auch nach geltendem Recht werden bei der Strafzumessung Umstände zur Ermittlung der Schuld herangezogen, die vor oder nach der Erfüllung des Tatbestandes liegen.

Die allein entscheidende Frage, die hier untersucht werden soll, ist nicht, wieweit Unrecht und Schuld im Entwurf 1962 ausgeweitet sind, sondern nach

---

174) DREHER, Niederschriften Bd. XII S. 23; LACKNER, Niederschriften Bd. XII S. 22; SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. XII S. 23

175) MDR 1959, 797 (798)

176) Ebenso LANGE, Niederschriften Bd. XII S. 23

177) Amtliche Begründung S. 181 zu § 60

welchen Gesichtspunkten beide Begriffe voneinander zu unterscheiden sind. An dieser Stelle zeigt sich, daß die unterschiedlichen Meinungen zu Unrecht und Schuld nicht näher erörtert zu werden brauchen, da auch der Entwurf 1962 in Übereinstimmung mit den sonst sehr differenzierten Ansichten der Literatur die Schuldmerkmale auf den Täter bezieht, während das Unrecht die Tat kennzeichnen soll [178]. Wenn die Regelbeispiele der einzelnen Tatbestände gemäß der Formel des § 62 Entwurf 1962 ausgesucht worden sind, wie die Verfasser des Entwurfs es beabsichtigten [179], dann müssen bei jedem einzelnen Merkmal begrifflich das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters erhöht sein.

B. DAS FEHLEN EINER KUMULATIVEN ERHÖHUNG VON UNRECHT UND SCHULD BEI EINZELNEN REGELBEISPIELEN

Um der Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts zu entgehen, sollten die "besonders schweren Fälle" des Entwurfs 1962 in erster Linie an erhöhtes Unrecht anknüpfen [180]. Die besonders während der Zeit des Nationalsozialismus zum Ausdruck gekommene Tendenz, die Strafschärfungen als Sanktionen gegen den verbrecherischen Willen aufzufassen [181], sollte vermieden werden. Es ist der Amtlichen Begründung insoweit zuzustimmen, als sie bei einer Steigerung des Unrechts zugleich auch regelmäßig eine Erhöhung der Schuld für gegeben hält [182]. Der umgekehrte Schluß - erhöhte Schuld enthält zugleich gesteigertes Unrecht - ist jedoch nicht möglich, da es zahlreiche Merkmale gibt, die das Unrecht der Tat unberührt lassen und nur von einer besonders verwerflichen Einstellung des Täters getragen sind. Es soll deshalb im folgenden untersucht werden, ob unter den Regelbeispielen der "besonders schweren Fälle" auch derartige Merkmale zu finden sind.

---

178) LACKNER, Niederschriften Bd. V S. 13; TRÖNDLE, Niederschriften Bd. V S. 10

179) Amtliche Begründung S. 185 zu § 62

180) DAHS, Niederschriften Bd. I S. 125; LANGE, Niederschriften Bd. I S. 138, 396; V S. 11; EB. SCHMIDT, Niederschriften Bd. I S. 133; TRÖNDLE, Niederschriften Bd. V S. 10.
Die entgegengesetzte Ansicht vertrat GLEISPACH in Aschrott-Kohlrausch S. 199: Er wollte die "besonders schweren Fälle" von allen objektiven Momenten befreien.

181) Vgl. Nr. 28 der Nationalsozialistischen Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil: "Alle Arten von Strafverschärfungen sind Reaktionen gegen einen besonders zutage getretenen verwerflichen verbrecherischen Willen".

182) S. 182 zu § 60;
ebenso LACKNER, Niederschriften Bd. XII S. 240

1. Bloße Steigerung der Schuld bei unrechtsneutralem Verhalten

Gemäß § 62 des Entwurfs reicht die bloße Steigerung der Schuld nicht aus, um einen "besonders schweren Fall" zu bejahen. Als Beispiel für die ausschließliche Erhöhung der Schuld führt die Amtliche Begründung zu § 62 die beharrliche Wiederholung oder die ungewöhnlich verwerfliche Gesinnung des Täters an [183]. Die ungewöhnlich verwerfliche Gesinnung allein soll also nicht zur Annahme eines "besonders schweren Falles" führen, da sie lediglich ein schuldsteigerndes Merkmal ist.

Im Widerspruch dazu steht die Amtliche Begründung zum Merkmal der "Gewinnsucht" in § 308 Abs. 2 Nr. 2 Entwurf 1962, bei dem wegen der verwerflichen Gesinnung des Täters der Unrechtsgehalt der Tat erheblich gesteigert sein soll [184]. Die Gewinnsucht als Ausdruck einer besonders verwerflichen Gesinnung soll einerseits als bloß schuldsteigerndes Merkmal nicht zur Annahme eines "besonders schweren Falles" führen, andererseits aber einen erhöhten Unrechtsgehalt verkörpern!

Wenn auch zuzugeben ist, daß die Strafrechtswissenschaft im Hinblick auf die Begriffe Unrecht und Schuld noch nicht zu endgültiger Klarheit gelangt ist, so kann doch davon ausgegangen werden, daß die ungewöhnlich verwerfliche Gesinnung reines Tätermerkmal ist und nur die Schuld steigert, nicht auch zwangsläufig das Unrecht [185].

a) Wenn die Gewinnsucht ein Merkmal wäre, das lediglich die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters charakterisierte, dann wäre es als Regelbeispiel für "besonders schwere Fälle" untauglich, da es nur schuldsteigernde Eigenschaft hätte.

Die Amtliche Begründung legt für den Begriff der Gewinnsucht den Inhalt zugrunde, den die Rechtsprechung zum geltenden Recht herausgebildet hat [186]. Gewinnsucht verkörpert demnach die Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß [187]. Es handelt sich hierbei um einen Beweggrund, ein sogenanntes Gesinnungs-

---

183) S. 184 zu § 62

184) S. 485

185) Wie dies auch in der Amtlichen Begründung S. 184 zu § 62 zum Ausdruck gebracht wird.

186) Amtliche Begründung S. 448 zu § 272

187) RG 60, 306 (307); BGH 3, 30 (32)

merkmal [188], das die Schuld erhöht [189], dem aber eine Steigerung des Unrechts nicht immanent sein muß. Der Täter kann aus Gewinnsucht handeln unabhängig davon, ob die Rechtsgutsverletzung bedeutend oder unerheblich ist.

Einige Autoren zählen allerdings die Gesinnungsmerkmale und damit auch die Gewinnsucht zum Unrecht [190].

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, den systematischen Standort der Gesinnungsmerkmale zu untersuchen; vielmehr soll nur auf einige recht erhebliche Bedenken hingewiesen werden, welche die Verwendung bestimmter Merkmale als "besonders schwere Fälle" betreffen. Im übrigen kann eine genaue Parallele zu den Gesinnungsmerkmalen des geltenden Rechts nicht gezogen werden, da diese Gesinnungsmerkmale im Entwurf 1962 nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören, sondern bloße Strafbemessungsgründe sind.

Selbst wenn man aber diese Merkmale dem Unrecht und nicht der Schuld zuordnet und auch einigen Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission eine derartige Auffassung vorgeschwebt haben mag, kann dem Entwurf 1962 der Vorwurf nicht erspart bleiben, eine weitgehend umstrittene Meinung - ohne überhaupt auf die Problematik einzugehen - in das Gesetz aufgenommen zu haben. Es ist zu vermuten, daß Zweifel an einer derartigen Ausgestaltung einzelner Gesinnungsmerkmale (z. B. der Gewinnsucht als Anzeichen gleichzeitiger Erhöhung von Unrecht und Schuld) nicht aufgekommen sind, weil man sich nicht näher mit diesen Merkmalen beschäftigt hat. Die Ursache ist möglicherweise darin zu sehen, daß man diese Begriffe aus dem geltenden Recht übernommen hat (Gewinnsucht, Habgier), ohne zu beachten, daß diese Umstände durch § 62 des Entwurfs (Zuordnung zu erhöhtem Unrecht und gesteigerter Schuld) im Sinne einer bestimmten, von vielen Seiten abgelehnten Terminologie festgelegt worden sind. Davon zeugt auch die Unsicherheit der Amtlichen Begründung, die einmal die verwerfliche Gesinnung als reine Schulderhöhung ansieht, zum anderen die im Handeln aus Gewinnsucht zum Ausdruck kommende verwerfliche Gesinnung als Unrechtssteigerung wertet [191].

---

188) Vgl. darüber SCHMIDHÄUSER S. 13 f., 244 f.

189) GALLAS, ZStW 67, 1 (46); LANGE, Materialien Bd. I S. 77, 84; SCHÄFER-v. DOHNANYI S. 11; SCHMIDHÄUSER S. 244, 249; SCHÖNKE-SCHRÖDER halten das vergleichbare Merkmal des "Eigennutzes" für ein rein schulderhöhendes Kriterium; auch WÜRTENBERGER, Die geistige Situation S. 57, rechnet die Gesinnungsmerkmale zu den Schuldelementen.

190) MEZGER, Traeger-Festschrift S. 202; Lehrbuch S. 172 hinsichtlich der Tendenzdelikte, zu denen er auch die Gewinnsucht rechnet, vgl. Traeger-Festschrift aaO.; hinsichtlich einiger Gesinnungsmerkmale auch WELZEL S. 72

191) Vgl. oben S. 91

Da der Entwurf ein Gesinnungsstrafrecht vermeiden wollte, müssen Begriffe zur Ausgestaltung "besonders schwerer Fälle" vermieden werden, die ein großer Teil der Lehre zu Recht als reine Schuldmerkmale versteht, vor allem, wenn weder dem Wortlaut des Entwurfs noch der Amtlichen Begründung oder den Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, daß sich der Entwurf hierbei überhaupt in einer bestimmten Richtung entscheiden wollte.

Zu diesen Merkmalen gehört in erster Linie das Handeln aus Gewinnsucht, das lediglich die besonders niedrigen Beweggründe des Täters verdeutlicht [192] und deshalb zur Annahme eines "besonders schweren Falles" nicht ausreicht. Es ist zwar zuzugeben, daß bei gewinnsüchtigem Handeln auch das Unrecht erhöht sein kann, etwa wegen der Schwere des hervorgerufenen Schadens, doch gehören diese Umstände nicht begriffsnotwendig zum Merkmal "Gewinnsucht".

b) Das gleiche gilt auch für das Handeln aus "Haß oder Rache" bei der politischen Verdächtigung, § 167 Abs. 4 Nr. 2 Entwurf 1962. Die Amtliche Begründung bezeichnet diese Beispiele zu Recht als "besonders verwerfliche Beweggründe" [193]. Da zwischen diesen und der "ungewöhnlich verwerflichen Gesinnung" [194], die nicht ohne weiteres die Annahme eines "besonders schweren Falles" rechtfertigt, ein wesentlicher Unterschied nicht besteht, ist auch das Handeln aus Haß oder Rache kein geeignetes Regelbeispiel.

c) Wie bereits für das Handeln als Gewinnsucht gesagt wurde, gilt auch entsprechend für das Merkmal der Habgier in den §§ 387 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 und 391 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962, da die Habgier im wesentlichen wie die Gewinnsucht zu definieren ist [195]. Bei der Habgier handelt es sich nicht um gesteigerten Unrechtsgehalt, sondern um gesteigerte Schuld [196], da das z. B. durch eine Tötung geschehene Unrecht, gleichgültig ob der Täter aus Habgier handelt oder nicht, in beiden Fällen dasselbe ist [197].

Hinsichtlich dieses Merkmals vertritt allerdings der Bundesgerichtshof [198] die Ansicht, es bestimme den Unrechtsgehalt der Tötung und nicht die Schuld.

---

192) So auch die Amtliche Begründung S. 307 zu § 167

193) S. 307 zu § 167

194) Amtliche Begründung S. 184 zu § 62

195) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 211 Rdn. 10; vgl. auch BGH 10, 399; MEZGER-BLEI, BT S. 17

196) ENGISCH, Rittler-Festschrift S. 183, insbesondere Anm. 34; KOHLRAUSCH-LANGE §§ 211, 212 Anm. VII; MAURACH, AT S. 217; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. zu § 1 Rdn. 30, der sich allerdings zu Unrecht auf WELZEL S. 72 beruft.

197) SCHMIDHÄUSER S. 224

198) BGH 1, 369 (371)

Hierbei ist aber zu berücksichtigen, daß der Bundesgerichtshof zugleich die Merkmale des § 211 StGB als echte Tatbestandsmerkmale wertet, während diesem Begriff als Regelbeispiel keine Tatbestandseigenschaft innewohnt. Insofern kann also bei seiner Verwendung als "besonders schwerer Fall" kein neues, selbständiges Unrecht begründet werden. Ob aber das Unrecht der Handlung durch den im Gesetz festgelegten Strafbemessungsgrund der Habgier auch nur gesteigert werden kann, bleibt erheblichen Zweifeln ausgesetzt.

d) Das "Handeln in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit" beim Bankrott, § 272 Satz 2 Nr. 1, 1. Alternative, spiegelt auch nur eine Erhöhung der Schuld wider. Der Unrechtsgehalt der Tat wird nicht dadurch vergrößert, daß (zufällig) das Merkmal der Kenntnis hinzukommt. Die Tat unterscheidet sich im Hinblick auf das geschehene Unrecht durch nichts von einer anderen Bankrotthandlung, die in Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit begangen worden ist.

e) Die "leichtfertige" Verursachung des Todes in § 138 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 des Entwurfs ist gegenüber dem fahrlässigen Handeln in § 138 Abs. 1 der Legaldefinition (§ 18 Abs. 3 Entwurf 1962) nach nur ein die Schuld erhöhendes Merkmal bei unrechtsneutraler Sachlage. Das wird auch durch die Amtliche Begründung bestätigt, die den Erschwerungsgrund in diesem Fall in der gesteigerten Schuld sieht [199].

Bloße graduelle Unterschiede im Hinblick auf die Schuld des Täters können aber nicht als Regelbeispiel für "besonders schwere Fälle" dienen, da nach der allgemeinen Bewertung des Gesetzes die Regelbeispiele so ausgewählt sein sollen, daß sowohl Schuld als auch Unrecht gegenüber dem Normalfall deutlich erhöht sind.

f) Anders verhält es sich dagegen mit den subjektiven Merkmalen, die eine bestimmte Absicht des Täters kennzeichnen, so die Bereicherungs- und Schädigungsabsicht bei den §§ 183 Abs. 5 Satz 2, 185 Abs. 5, 186 Abs. 2 und 474 Abs. 2, die Absicht, den Minderjährigen zur Unzucht zu bringen, § 196 Abs. 2, die Absicht, Angst und Schrecken zu erregen, § 338 Abs. 1 Nr. 2, und die Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen, § 338 Abs. 2 Nr. 3.

Absichtsmerkmale können allerdings durchaus reine Schuldmerkmale sein, und zwar dann, wenn sich die Absicht auf einen zum objektiven Tatbestand gehörenden Erfolg bezieht, wie z. B. in § 225 StGB. Dieses Absichtsmerkmal betrifft allein die Schuld, nicht auch das Unrecht [200].

Eine andere Beurteilung müssen dagegen die Delikte mit "überschießender Innentendenz", z. B. die §§ 242 und 263 StGB, erfahren, bei denen der Gesetzgeber nur einen Teil der Unrechtsmerkmale objektiv gefaßt hat und im übrigen die Absicht

---

199) S. 276 zu § 138

200) MEZGER GerS 89, 207 (261); FRANK § 59 Anm. VI a. E.

der Verwirklichung kriminellen Unrechts ausreichen läßt [201]. Es handelt sich hierbei um einen "klassischen Fall" subjektiver Unrechtselemente [202]. Zur Begründung dieser Ansicht wird auf die Entstehung der Absichtsdelikte aus den sog. zweiaktigen Verbrechen hingewiesen [203].

Die eingangs erwähnten Regelbeispiele, die durch eine bestimmte Absicht charakterisiert werden, zählen zu den soeben erwähnten Fällen. Die in diesen Delikten zusätzlich geforderte Absicht bezieht sich nicht auf einen zum objektiven Tatbestand gehörenden Erfolg, sondern verkörpert lediglich eine das Unrecht der Tat betreffende "überschießende Innentendenz" im oben erläuterten Sinne.

Diese Merkmale sind deshalb mit der Definition des § 62 zu vereinbaren.

g) Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang jedoch wieder das Merkmal der "gewerbsmäßigen" Begehung.

Der gewerbsmäßig handelnde Täter wird durch die Absicht charakterisiert, sich durch wiederholte Begehung des Verbrechens eine fortlaufende Einnahmequelle von gewisser Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, die jedoch nicht den hauptsächlichen oder regelmäßigen Erwerb zu bilden braucht [204]. Von verschiedenen Autoren wird deshalb die Gewerbsmäßigkeit als reines Schuldmerkmal angesehen [205].

ALLFELD [206] bezeichnet die Gewerbsmäßigkeit als einen außerhalb der Tat, lediglich in der Person des Täters liegenden Umstand; EB. SCHMIDT [207] hält sie für eine den Täter charakterisierende Eigenschaft, zu der ein die

201) HEGLER, ZStW 36, 19 (31); MEZGER, GerS 89, 207 (261); MEZGER-BLEI, AT S. 86

202) MEZGER-BLEI, AT S. 86; im Ergebnis ebenso GALLAS, ZStW 67, 1 (46)

203) M. E. MAYER, Lehrbuch S. 120 ff.; MEZGER, GerS 89, 207 (261)

204) Vgl. oben S. 68

205) AICHINGER S. 52; GERLAND "Strafänderung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. V S. 734; GLEISPACH in Aschrott-v. Liszt S. 195; SCHMIDHÄUSER S. 198 f.; STREE S. 57 für den gewohnheitsmäßig handelnden Täter; vgl. auch MAURACH, AT S. 657; WACH in Aschrott- v. Liszt Bd. I S. 34; L. SCHMIDT S. 38 rechnet die Gewerbsmäßigkeit ohne Begründung zu den "subjektiven Merkmalen".

206) Der Einfluß der Gesinnung S. 65

207) Niederschriften Bd. V S. 170

objektive Unrechtsschwere betreffender Umstand kein Analogon darstellen könne;
WACH [208] wollte die Gewerbsmäßigkeit in § 84 des Vorentwurfs von 1909, in dem die "besonders schweren Fälle" definiert waren, erwähnen, und zwar als Fall des ungewöhnlich starken und verwerflichen verbrecherischen Willens; auch SCHÄFER-v. DOHNANYI [209] werten die Gewerbsmäßigkeit ausschließlich als Erscheinungsform eines derartigen Willens. Ebenso sahen die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichtes den Grund für die erhöhte Strafe der gewerbsmäßigen Begehung in dem durch dieses persönliche Merkmal begründeten höheren Grad der Verschuldung [210].

Wären diese Ansichten richtig, so wäre auch die Verwendung dieses Begriffs als Regelbeispiel, das neben erhöhter Schuld auch gesteigertes Unrecht umschreiben soll, unbrauchbar, da ein Umstand vorläge, der lediglich eine Erhöhung der Schuld zum Inhalt hätte.

Die Amtliche Begründung scheint allerdings auf dem Standpunkt zu stehen, die gewerbsmäßige Begehung umfasse nicht nur erhöhte Schuld, da sie ausführt, diese Art der Tatausführung steigere den Unrechtsgehalt erheblich, und zwar durch die erhöhte Gefahr, die z. B. der Sicherheit des Rechtsverkehrs dadurch drohe, daß sich jemand durch Fälschungen eine dauernde Einnahmequelle verschaffe [211]. Im Gegensatz dazu sieht die Amtliche Begründung an anderen Stellen das besondere Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im "verbrecherischen Willen", den beispielsweise der gewerbsmäßige Dieb bei der Tat zum Ausdruck bringe [212]. Weiter wird dort ausgeführt, die Erhöhung der Schuld beim gewerbsmäßigen Dieb sei darin zu finden, daß er weitere Diebstähle plane. Bezeichnend ist, daß bei den Ausführungen zum gewerbsmäßigen Diebstahl zwar von verbrecherischem Willen und einer Erhöhung der Schuld die Rede ist, an keiner Stelle der Begründung aber von der Steigerung des Unrechts.

Es ist auch schwer einzusehen, inwiefern das Unrecht eines Tatgeschehens dadurch erhöht sein soll, daß der Täter schon ähnliche Taten begangen hat oder plant. Daß der gewerbsmäßigen Ausführung eine Erhöhung des Unrechts nicht innewohnt, geht auch daraus hervor, daß gewerbsmäßiges Handeln schon bei der ersten gewerbsmäßigen Tat vorliegen kann [213]. Das erste Delikt des gewerbsmäßig

208) in Aschrott-v. Liszt Bd. I S. 34
209) Strafgesetzgebung 1931 bis 1935 S. 11
210) RG 25, 266 (268)
211) S. 485 zu § 308
212) S. 403 f. zu § 236
213) Vgl. statt vieler RG 54, 230; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. zu § 73 Rdn. 49

handelnden Täters unterscheidet sich im Tatablauf nicht von dem eines nicht in dieser Weise vorgehenden Täters [214]. Allein der verbrecherische Wille, der in der Tat zum Ausdruck kommt, also die gesteigerte Schuld, kennzeichnet die gewerbsmäßige Begehung. Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, daß die gewerbsmäßige Begehung ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 14 Abs. 1 Entwurf 1962 ist [215].

Neben den bereits oben aus systematischen Gründen gegen die Verwendung der Gewerbsmäßigkeit als "besonders schwerer Fall" geltend gemachten Bedenken [216] spricht gegen die Ausgestaltung dieses Merkmals als Regelbeispiel, daß es der Definition des § 62 nicht in ausreichendem Maße gerecht wird.

i) Ähnliche Erwägungen lassen auch das Merkmal der "beharrlichen Wiederholung" als ungeeignet zur Erläuterung eines "besonders schweren Falles" erscheinen [217]. Selbst die amtliche Begründung führt aus, der durch beharrliche Wiederholung begründete besonders schwere Schuldvorwurf reiche für sich allein nicht aus, einen "besonders schweren Fall" zu begründen [218]. Umso unverständlicher erscheint dann die Verwendung dieses Umstandes als "besonders schwerer Fall", wenn man berücksichtigt, daß die Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels ein Indiz für die Erhöhung von Schuld und Unrecht sein soll. Es ist auch begrifflich schlecht vorstellbar, daß allein wegen einer beharrlichen Wiederholung eine Erhöhung des Unrechts eo ipso eintreten soll. Die einzelnen Taten werden nicht dadurch in ihrem Unrechtsgehalt schwerer, daß der Täter schon vorher gleichartige Handlungen begangen hat oder zu ihnen neigt.

Der Entwurf verwendet also zur Charakterisierung einiger "besonders schwerer Fälle" Merkmale, die ihrem strengen Wortlaut nach nur die Schuld erhöhen, nicht aber zugleich auch das Unrecht, wie § 62 es fordert. Die angeführten Beispiele sind vielmehr unrechtsneutral, d.h. dem schuldsteigernden Merkmal ist nicht zwangsläufig eine Unrechtserhöhung immanent. Daß das Unrecht auch erhöht sein kann, ist unerheblich, da nach der Auffassung des Entwurfs die Regelbeispiele so ausgebildet sein sollen, daß sie begrifflich ihrem Wortlaut nach Unrecht und Schuld wesentlich vergrößern [219].

---

214) In diesem Sinne auch BAUMANN, AT S. 78, der den Strafschärfungsgrund der Gewerbsmäßigkeit allein in der Eigenschaft des Täters und nicht der Tat begründet sieht.

215) Amtliche Begründung S. 279 f. zu § 141; so schon für das geltende Recht die Vereinigten Strafsenate in RG 25, 266 (267 f.).

216) Vgl. oben S. 67 ff.

217) Es handelt sich um die §§ 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 Entwurf 1962

218) S. 184 zu § 62

219) Vgl. die Amtliche Begründung S. 185 zu § 62

Die Darlegungen haben ebenfalls ergeben, daß in der Amtlichen Begründung bei den "besonders schweren Fällen" teilweise terminologische Unklarheiten auftreten, wie die widersprüchliche Auffassung von der "verwerflichen Gesinnung" des Täters gezeigt hat [220].

2. Bloße Steigerung des Unrechts bei schuldneutralem Verhalten

Der gegenüber den bisherigen Erörterungen entgegengesetzte Fall - die bloße Erhöhung des Unrechts bei schuldneutralem Verhalten - tritt bei den Regelbeispielen kaum auf. Bei der Verwirklichung von Merkmalen, die in erster Linie auf das erhöhte Unrecht abstellen, ist in der Regel auch die Schuld des Täters erhöht [221], da sich grundsätzlich der Vorsatz des Täters auf die Merkmale des Regelbeispiels erstrecken muß [222]. Kennt der Täter aber die Umstände, die ein erhöhtes Unrecht verkörpern und verwirklicht er sie dennoch, so lädt er auch erhöhte Schuld auf sich.

Der einzige Fall, der lediglich erhöhtes Unrecht charakterisiert, ist die fahrlässige Tötung "vieler Menschen" in § 138 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962.

Mit Recht stellt PETERS [223] fest, es treffe den Täter dasselbe Maß an Schuld, wenn er eine oder mehrere Personen töte. Zum gleichen Ergebnis bei einem ähnlichen Sachverhalt kommt HEINITZ [224], der die Abstufung der Schuld bei zwei Lehrern für unmöglich hält, die ihre Schüler unbeaufsichtigt lassen mit der Folge, daß mehrere Schüler des einen Lehrers tödlich verunglücken, während sich einige Schüler des anderen nur verletzen. Auch die Amtliche Begründung zu dieser Bestimmung spricht von der Erhöhung des Unrechts, die in der Tötung vieler Menschen liege und stellt ausdrücklich fest, daß Erschwerungsgrund hier nicht die erhöhte Schuld sei [225]! Daß eine derartige Konzeption mit der Grundhaltung des Entwurfs zu den "besonders schweren Fällen" unvereinbar ist, wonach der Richter an den Beispielen ablesen könne, unter welchen Voraussetzungen bei dem betreffenden Tatbestand Unrecht und Schuld wesentlich erhöht seien [226], wurde offensichtlich nicht immer beachtet.

---

220) Vgl. oben S. 91

221) So auch die Amtliche Begründung S. 182 zu § 60

222) Amtliche Begründung S. 182 zu § 60; MAURACH, AT S. 656; SCHÄFER-v. DOHNANYI S. 13

223) Gutachten S. 30

224) ZStW 63, 57 (63)

225) S. 276 zu § 138

226) Amtliche Begründung S. 185 zu § 62

3. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, daß einige Regelbeispiele dem Wortlaut nach keine kumulative Erhöhung von Unrecht und Schuld zum Inhalt haben. In zahlreichen Fällen ist auf die Herausbildung erhöhten Unrechts zu wenig Wert gelegt worden [227]. Auch STREE [228] stellt fest, daß die Strafschärfungen im Entwurf 1959 entweder den Unrechtsgehalt der Tat oder die Schuld des Täters beträfen, ohne daß er aus dieser Erkenntnis aber bestimmte Folgerungen zieht.

Hält man sich an die allgemeine Bewertung des Gesetzes, nach der bei den Beispielen der "besonders schweren Fälle" Unrecht und Schuld in der Regel wesentlich erhöht seien, so daß der Richter im einzelnen nicht mehr zu prüfen und zu begründen brauchte, ob und wieweit die Voraussetzungen des § 62 vorliegen, so besteht ein unauflösbarer Widerspruch gegenüber den Regelbeispielen, die einseitig nur die Erhöhung von Unrecht o d e r Schuld beinhalten. Wenn man von der durchaus richtigen Ansicht ausgeht, daß die Regelbeispiele der "besonders schweren Fälle" bei den einzelnen Delikten die konkrete Ausgestaltung der Definition im Allgemeinen Teil sein sollen, dann dürfen nur solche Begriffe verwendet werden, die sich mit § 62 decken. An dieser Kongruenz fehlt es aber bei einigen Merkmalen. Von deren Verwendung zur Charakterisierung "besonders schwerer Fälle" sollte deshalb Abstand genommen werden.

C. DIE VERURSACHUNG EINER SCHWEREN FOLGE DER TAT ALS "BESONDERS SCHWERER FALL"

Unter den "besonders schweren Fällen" des Entwurfs 1962 finden sich an zahlreichen Stellen auch solche Regelbeispiele, die eine besonders schwere, vom Täter verursachte Folge der Tat wiedergeben, so die fahrlässige oder leichtfertige Verursachung des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit im Sinne des § 147 Abs. 2 des Entwurfs 1962 [229]. Die Frage ist auch hier, ob diese Merkmale noch von der Definition des § 62 umfaßt werden.

1.

Zur Verdeutlichung der Untersuchung ist es angebracht, die Regelung der schweren Folgen der Tat als "besonders schwerer Fall" in den vorausgegangenen

227) So auch GALLAS, Niederschriften Bd. XII S. 73, hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung in § 62 Entwurf 1959, der dem § 60 Entwurf 1962 entspricht.

228) S. 20

229) Vgl. oben S. 34

Reformarbeiten zu betrachten, da dieser Rückblick für das Verständnis der Konzeption des Entwurfs 1962 von Bedeutung ist.

Die früheren Entwürfe erwähnten die (verschuldeten) Folgen der Tat stets in der Definition der "besonders schweren Fälle" im Allgemeinen Teil [230]. Seit dem Entwurf 1913 sollte ein "besonders schwerer Fall" angenommen werden, wenn neben dem verbrecherischen Willen auch die Tat wegen "der besonderen Umstände ihrer Begehung" oder wegen ihrer "verschuldeten Folgen" [231] besonders strafwürdig war. Noch im ersten Band der Niederschriften der Großen Strafrechtskommission wird eine insoweit dem Sinn nach gleiche Definition verwendet [232]. Es wird also klar zwischen den Umständen der Tat und den vom Täter verschuldeten Folgen getrennt.

Im weiteren Verlauf der Beratungen schlug das Bundesjustizministerium in einer Stellungnahme vor, bei der Definition der "besonders schweren Fälle" auf die "zur Tat gehörenden, ihr vorausgehenden oder nachfolgenden Umstände" abzustellen [233].

Die verschuldeten Folgen der Tat sollten also nicht mehr selbständig in der Definition erwähnt werden. Ohne Zweifel aber konnten sie zu den der Tat nachfolgenden Umständen gerechnet werden, so daß die Definition diese Fälle immer noch mit umfaßte.

Eine wesentliche Änderung trat dann aber durch den Vorschlag SCHAFHEUTLES ein, der die nachfolgenden Umstände nur insoweit in die Definiton der "besonders schweren Fälle" einbeziehen wollte, als es sich um ein Verhalten des Täters nach der Tat handele [234]. Dieser Vorschlag wurde von den Mitgliedern der Kommission mit überwiegender Mehrheit angenommen [235]. Jene Fassung ist dann beibehalten worden und findet sich nunmehr in § 62 des Entwurfs.

Von erheblichem Interesse ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf die Regelung der verschuldeten Folgen bei den einzelnen Tatbeständen.

---

230) Vgl. §§ 84 Entwurf 1909, 89 Entwurf 1911, 118 Entwurf 1913, 117 Entwurf 1919, 76 Entwürfe 1922 und 1925, 77 Entwürfe 1927 und 1930.

231) So übereinstimmend die Entwürfe 1913 bis 1930

232) Bd. I S. 402: "... und die Tat wegen ihrer Umstände oder der vom Täter verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist".

233) TRÖNDLE, Niederschriften Bd. V S. 10

234) Niederschriften Bd. V S. 18;
Schon vorher hatte ELSE KOFFKA, Niederschriften Bd. IV S. 274, vorgeschlagen, bei der entsprechenden Fassung der "besonders leichten Fälle" die "nachfolgenden Umstände" in ein "Verhalten des Täters nach der Tat" abzuändern; ebenso GALLAS, Niederschriften Bd. IV S. 274; a. A. MEZGER, Niederschriften Bd. IV S. 275

235) Niederschriften Bd. V S. 19

Hier zeigt sich eine Parallelentwicklung zur Definition im Allgemeinen Teil, die unter umgekehrten Vorzeichen vonstatten ging. Während die Definition bis zum V. Band der Niederschriften der Großen Strafrechtskommission die schweren Folgen der Tat ausdrücklich erwähnte, waren sie im Besonderen Teil bei keinem einzigen Tatbestand als Regelbeispiel ausgestaltet [236]. Die schweren Folgen tauchten vielmehr als Regelbeispiele erst in der Folgezeit auf, als die Definition im Allgemeinen Teil weder von "verschuldeten Folgen" der Tat noch von "nachfolgenden Umständen" sprach, sondern nur noch von den "Umständen, die zur Tat gehören" und dem "Verhalten des Täters nach der Tat". Interessanterweise findet sich aber unter den zahlreichen Regelbeispielen nicht ein Merkmal, das ein "Verhalten des Täters nach der Tat" bezeichnet.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß bei der Ausgestaltung der schweren Folgen als Regelbeispiele die Änderung der Definition der "besonders schweren Fälle" außer acht gelassen wurde, eine Tatsache, die zwangsläufig zu Unstimmigkeiten führen mußte.

2.

Es bleibt im folgenden zu untersuchen, ob die verschuldeten Folgen der Tat dennoch mit der Definition der "besonders schweren Fälle" zu vereinbaren sind.

a) Die Verursachung einer schweren Folge könnte einmal als "Verhalten des Täters nach der Tat" aufgefaßt werden.

So naheliegend diese Möglichkeit auch erscheint, da diese Formulierung in § 62 des Entwurfs an die Stelle der ursprünglich direkten Erwähnung der "verschuldeten Folgen" bzw. "nachfolgenden Umstände" getreten ist, umso mehr sprechen der Wortlaut der Formulierung und die Ansichten der Verfasser des Entwurfs dagegen. Als Verhalten des Täters nach der Tat sind nur Handlungen zu verstehen, die vom Täter nach Vollendung der eigentlichen Tatbestandshandlung vorgenommen werden, so z. B. die Verächtlichmachung des Opfers oder die Verhinderung von Hilfe für den Geschädigten [237]. Die schwere Schädigung des Opfers an Körper oder Gesundheit oder die Verursachung seines Todes sind jedoch nicht auf ein neues, selbständiges Verhalten des Täters zurückzuführen, sondern

236) Wie die vorläufige Zusammenstellung der "besonders schweren Fälle" nach den Beschlüssen der Unterkommissionen, Niederschriften Bd. V S. 163, ergibt.

237) LACKNER, Niederschriften, Bd. XII, S. 22; SCHÄFER, Niederschriften Bd. XII S. 23

stellen einen bloßen Umstand dar, der nach der Tat eintritt. Es handelt sich also nicht um ein "Verhalten des Täters nach der Tat".

b) Es bleibt nur die Möglichkeit, den Eintritt einer besonders schweren Folge als "Umstand, der zur Tat gehört", aufzufassen [238].

Ohne Zweifel hat die schwere Folge ihre Ursache in der Tat. Der Umstand, der die Strafverschärfung verdient, liegt jedoch eindeutig nach Vollendung der eigentlichen Tathandlung, unter Umständen zeitlich sehr viel später, wie z. B. beim Tod des Opfers nach langwierigen Rettungsversuchen.

Zu den Umständen, die zur Tat gehören, zählen in erster Linie die Art und Weise der Tatbegehung und bestimmte Eigenschaften des Täters. Diesen Merkmalen haben sämtliche Entwürfe bisher die verschuldeten Folgen der Tat gegenübergestellt[239] Jahrzehntelang hat man also die Umstände der Tatbegehung oder die Umstände, die zur Tat gehören, streng von den Folgen der Tat getrennt. Damit ist zwar nicht gesagt, daß diese Ansicht deshalb unbedingt richtig sein muß, aber diese Tatsache ist immerhin geeignet, ein Indiz dafür zu bilden, daß die Folgen der Tat nicht ohne weiteres zur Tat gehörende Umstände sind.

Diese Auffassung wird dadurch gestützt, daß der Entwurf 1962 an einigen Stellen als Folge der Tat den Selbstmord des Opfers oder eines Dritten als Regelbeispiel verwendet (§§ 171 Satz 2 Nr. 3, 396 Abs. 3). Hier wird der "besonders schwere Fall" durch die neue selbständige Tat eines Dritten charakterisiert, so daß man nicht mehr von einem Umstand sprechen kann, der zur Tat des Täters gehört. Dessen Tat war bereits abgeschlossen. Wenn auch der Selbstmord in der Tat seine Ursache haben muß, so kann daraus aber nicht gefolgert werden, daß dieses Merkmal noch zur Tat gehört. Man würde andernfalls zu einer uferlosen Ausdehnung des Begriffs "Tat" kommen. Der strafprozessuale Begriff von der Tat als historischem Lebensvorgang, § 264 StPO [240], würde damit in das materielle Strafrecht übernommen werden. Die bisherige Terminologie und auch die des Entwurfs 1962 würde außer acht gelassen, die klar zwischen der Tat und ihren Folgen unterscheidet [241]. Außerdem wäre die Regelung des § 22 Entwurf 1962, der bei Eintritt einer schweren Tatfolge die Bestrafung von einer insoweit vorliegenden Fahrlässigkeit abhängig macht, unverständlich: Grundsätzlich muß sich der Vorsatz auf die Erfüllung der Merkmale eines Regelbei-

238) Diese Ansicht scheint LACKNER, Niederschriften Bd. XII S. 282, zu vertreten.
239) Vgl. z. B. die Amtliche Begründung zu § 77 Entwurf 1927 S. 58
240) LÖWE-ROSENBERG (Gelier) § 264 Anm. 2; SCHWARZ-KLEINKNECHT § 264 Anm. 1; BGH 10, 396 (397)
241) Amtliche Begründung S. 185 zu § 62; vgl auch § 22 Entwurf 1962

spiels erstrecken [242], sofern nicht der Wortlaut des "besonders schweren Falles" daneben ausnahmsweise und ausdrücklich Leichtfertigkeit genügen läßt (§§ 205 Abs. 1 Satz 2, 246 Abs. 1 Nr. 2 Entwurf 1962). Wenn man aber bestimmte Folgen der Handlung als zur Tat gehörende Umstände werten will, müßte eine Bestimmung wie § 22 Entwurf 1962 befremdlich wirken, die für diese, angeblich zur Tat gehörenden Merkmale eines Regelbeispiels bloße Fahrlässigkeit für ausreichend hält.

Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß die fahrlässig verursachten Folgen der Tat auch nicht zu den "Umständen, die zur Tat gehören", gerechnet werden können.

c) Dem Entwurf ist vorzuwerfen, daß er es nicht vermocht hat, bei der Definition der "besonders schweren Fälle" die fahrlässig verursachten Folgen der Straftat mit zu berücksichtigen. Die Erklärung für diese fehlerhafte Gestaltung liegt vermutlich darin, daß man einerseits die Definition der "besonders schweren Fälle" im Jahre 1956 änderte, eine Tatsache, die weiter keine weitreichenden Konsequenzen hatte, da man die schweren Folgen der Tat bis dahin nicht zu Regelbeispielen gestaltet hatte, andererseits seit diesem Zeitpunkt begann, derartige Folgen als "besonders schwere Fälle" zu konstruieren, obwohl nun die Definition im Allgemeinen Teil nicht mehr dafür paßte.

Wenn man die schweren Tatfolgen als "besonders schwere Fälle" beibehalten will, dann muß § 62 des Entwurfs so geändert werden, daß die konkreten Regelbeispiele von der abstrakten Definition auch umfaßt werden. Falls man eine zu große Ausdehnung der "besonders schweren Fälle" durch die generelle Einbeziehung der "nachfolgenden Umstände" fürchtet [243], sollte man neben dem "Verhalten des Täters nach der Tat" die vom "Täter verschuldeten Folgen" gesondert erwähnen.

3.

Die Regelbeispiele der Verursachung schwerer Folgen entsprechen der Definition des § 62 insoweit, als sie eine wesentliche Erhöhung von Unrecht und Schuld zum Inhalt haben. Die Erhöhung des Unrechts ist offensichtlich. Wegen der Steigerung der Schuld könnte man nur insofern Bedenken haben, als die

---

242) Vgl. oben S. 98

243) GALLAS, Niederschriften Bd. V S. 19;
SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. V S. 18;
ELSE KOFFKA, Niederschriften Bd. IV S. 274 hinsichtlich der "besonders leichten Fälle"

leicht fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge eine wesentliche Erhöhung der Schuld darstellen soll, obwohl die Fahrlässigkeit die unterste Stufe der vorwerfbaren Handlung bildet. Die Fahrlässigkeit allein kann deshalb an sich nicht gleichzeitig die Schuld wesentlich erhöhen. Bei diesen Regelbeispielen ist aber zu beachten, daß die fahrlässige Verursachung der schweren Folge auf einem vorsätzlichen Grunddelikt aufbaut. Die eigentliche Tatschuld liegt im vorsätzlich begangenen Grunddelikt; nur wenn zusätzliche Schuld in Form fahrlässigen Handelns hinzukommt, ist die Schuld im Sinne des § 62 wesentlich erhöht. Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammen werden zu gesteigerter Schuld. Dagegen bestehen keine Bedenken.

Daß der Entwurf in einigen Fällen [244] nur die "leichtfertig", also grob fahrlässig (§ 18 Abs. 3) verursachte Folge ausreichen läßt, spricht nicht dagegen. In diesen Fällen gehört entweder eine Lebensgefährdung schon zum Tatbestand (§§ 139, 205, 207, 338, 413), oder sie bildet selbständig einen "besonders schweren Fall" (§§ 246, 247, 261, 282). Es erscheint deshalb einleuchtend, daß einfache Fahrlässigkeit zur Annahme eines "besonders schweren Falles" nicht ausreicht, da sich sonst dieser Fall nicht deutlich genug vom Normalfall abheben würde [245].

D. OBERFLÄCHLICHE AUSGESTALTUNG EINZELNER REGELBEISPIELE IM VERHÄLTNIS ZU § 62 ENTWURF 1962

Die vorausgegangenen Erörterungen haben gezeigt, daß zahlreiche Regelbeispiele nicht entsprechend der Definition des § 62 Entwurf 1962 ausgestaltet worden sind.

Teilweise werden nur schulderhöhende Merkmale zur Bildung von Regelbeispielen verwendet, einmal ist nur das Unrecht gesteigert, in anderen Fällen werden einige Beispiele vom übrigen Wortlaut des § 62 nicht umfaßt.

Diese Fehlkonstruktionen müssen beseitigt und die Regelbeispiele bei den verschiedenen Tatbeständen so geschaffen werden, daß sie als Spiegelbild der Definition "besonders schwerer Fälle" erscheinen. Solange dies nicht geschehen ist, wird der Richter überfordert, wenn die konkreten Beispiele nicht der abstrakten Vorschrift des § 62 entsprechen. Mit einer solchen widersprüchlichen Konstruktion wird der Praxis kein brauchbarer Bewertungsmaßstab an die Hand gegeben. Woran soll sich der Richter halten, wenn ihm einerseits die Amtliche Begründung sagt, er müsse

---

244) §§ 139 Abs. 2 Nr. 2; 205 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative; 207 Abs. 3 i. V. m. § 205; 246 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 2. Alternative; 247, 261, 282 i. V. m. § 246; 338 Abs. 1 Nr. 1; 413 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962.

245) Vgl. die Amtliche Begründung S. 516 zu § 338

von der allgemeinen Bewertung des Gesetzes ausgehen, daß beim Vorliegen der Merkmale eines Regelbeispiels Unrecht und Schuld wesentlich erhöht seien [246], während andererseits einige Merkmale begrifflich überhaupt keine Erhöhung des Unrechts voraussetzen? Die "besonders schweren Fälle" bedürfen deshalb auch im Verhältnis der Regelbeispiele zu § 62 einer erneuten Überarbeitung.

V. DOGMATISCHE BEDENKEN BEI DER REGELUNG EINZELNER "BESONDERS SCHWERER FÄLLE" IM BESONDEREN TEIL

Nachdem das Verhältnis einzelner Regelbeispiel gegenüber § 62 des Entwurfs untersucht worden ist, sollen im folgenden einige Regelbeispiele selbst einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

A. DER VERSUCH EINES "BESONDERS SCHWEREN FALLES", BEI DEM DIE MERKMALE DES REGELBEISPIELS VOR DER TATBESTANDSVERWIRKLICHUNG LIEGEN

Erheblich Bedenken ergeben sich zunächst beim Versuch des "besonders schweren Falles" eines Delikts, bei dem die Merkmale des "besonders schweren Falles" der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung vorangehen. Dazu gehören die Fälle des Einbrechens und Einsteigens beim Diebstahl, § 236 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962, die Anwendung täuschender Mittel bei der Veruntreuung, § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 und auch die Nötigung mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bei der Unzucht mit Kindern, § 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 Entwurf 1962.

1. Der Versuch des Einbruchs- oder Einsteigediebstahls

Entsprechend der Regelung im geltenden Recht bildet auch nach der Auffassung des Entwurfs von 1962 den Anfang der Ausführung eine Handlung, durch die der Täter mit der Erfüllung der Merkmale eines Regelbeispiels beginnt oder unmittelbar dazu ansetzt [247].

a) Die Problematik, die sich aus der Regelung des Entwurfs 1962 ergibt, soll an einem praktischen Fall verdeutlicht werden, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegen hatte [248]:

---

246) S. 185 zu § 62

247) Amtliche Begründung S. 144 zu § 26; S. 403 zu § 236; S. 409 zu § 240

248) RG 43, 332

A hatte beschlossen, in das Wohnhaus des Gutsbesitzers B einzubrechen und dort bestimmte Sachen zu stehlen. Da dem Wohnhaus eine Scheune vorgelagert war, durch die der Täter das Wohnhaus erst erreichen konnte, brach A das Scheunentor auf und wurde dabei bereits von B gestellt.

A hatte in diesem Fall zweifellos den Entschluß, aus einem Gebäude mittels Einbrechen zu stehlen, also den qualifizierten Tatbestand des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu verwirklichen. Das Reichsgericht sah in dem Vorgehen des A noch kein Verhalten, das unmittelbar auf die eigentliche Diebstahlshandlung, die Wegnahme einer fremden Sache, gerichtet war [249]. Da der Täter aber einen Einbruchsdiebstahl zu verüben im Begriff war, wertete das Gericht als Anfang der Ausführung auch diese Handlung, die mit der Verwirklichung des Erschwerungsgrundes in einer Weise begonnen hatte, welche nicht mehr als bloße, einen neuen Willensentschluß voraussetzende Vorbereitungshandlung erschien [250].

Das Reichsgericht ist also in seiner Entscheidung eindeutig davon ausgegangen, daß ein Anfang der Ausführung der eigentlichen Wegnahmehandlung noch nicht gegeben war; die Bestrafung wegen versuchten schweren Diebstahls hat es nur damit gerechtfertigt, daß der Anfang der Ausführung eines Qualifikationsmerkmals zur Annahme eines versuchten Einbruchsdiebstahls ausreicht. Handlungen, die an sich Vorbereitungen zum einfachen Diebstahl sind, werden dadurch zum Versuch (des schweren Diebstahls), daß diese Vorbereitungshandlungen zu Qualifikationstatbeständen ausgebildet sind [251].

Man kann gegen diese Ansicht einwenden, daß ein Täter, der die Qualifikationsgründe des Einbrechens oder Einsteigens verwirklicht hat, damit zugleich den fremden Gewahrsam gelockert, also auch mit der Wegnahmehandlung begonnen hat [252]. Diese Auffassung kann ihre Berechtigung besonders aus der Tatsache herleiten, daß die Rechtsprechung den Anfang der Ausführung einer strafbaren Handlung immer weiter vorverlegt hat [253]. Aber selbst wenn man in dem diesen Erörterungen vorangestellten Fall bereits eine Gewahrsamslockerung annehmen wollte, blieben immer noch Fälle übrig, in denen gerade ein Anfang der Ausführung des

249) RG 43, 332 (333)

250) RG 43, 332 (333)
ebenso: RG 9, 81 (83); 38, 177 (178); 54, 42 (43); HRR 1929 Nr. 1337; JW 1931, 2787

251) BINDING, Lehrbuch Bd. I S. 295; FREUDENTHAL, Anm. zu RG JW 1922, 225 (226); LK (Lobe), 4. Auflage 1929, § 43 Anm. 5 und LK (Jagusch), 8. Auflage 1958, § 243 Anm. IV; KULAWY, Vorbereitung und Versuch S. 56; MERKEL, Anm. zu RG JW 1923, 1029

252) MAURACH, BT S. 208

253) MEZGER-BLEI, AT S. 206

Qualifikationsmerkmals gegeben ist, von einer Gewahrsamslockerung aber noch keine Rede sein kann. Logischerweise muß der Anfang der Ausführung von Qualifikationsmerkmalen, die zeitlich vor der Verwirklichung des Grundtatbestandes liegen, auch schon vor dem Anfang der Ausführung des Grundtatbestandes gegeben sein. Mag dieses Zwischenstadium auch gering sein, zu leugnen ist es jedenfalls nicht. Der Versuch des qualifizierten Diebstahls kann also durchaus vor dem Anfang der Ausführung des einfachen Diebstahls liegen [254], selbst wenn man die immer weitere Ausdehnung des Begriffs der Gewahrsamslockerung berücksichtigt.

Wollte man diese Ansicht nicht billigen und in den Fällen, in denen ein Anfang der Ausführung der Qualifikationsmerkmale gemacht worden ist, zugleich stets einen Anfang der Ausführung der Merkmale des Grundtatbestandes sehen, so käme man zu einer unerträglichen weiten Ausdehnung des Versuchsbegriffs. Der Versuch des Grundtatbestandes hätte außerdem neben dem Versuch des qualifizierten Delikts keine selbständige Bedeutung mehr. Im übrigen wäre der in den Entscheidungen, den meisten Kommentaren und Lehrbüchern und auch in der Amtlichen Begrüdnung stehende Satz, ein Anfang der Ausführung des schweren Diebstahls liege bereits vor, wenn mit der Verwirklichung der Merkmale des qualifizierten Tatbestandes (bzw. des Regelbeispiels bei "besonders schweren Fällen") begonnen wurde [255], überflüssig, wenn in einem solchen Fall schon eine Gewahrsamslockerung gegeben wäre.

Es ist also festzustellen, daß Fälle auftreten können - und der eingangs der Erörterungen geschilderte Sachverhalt sollte hierfür ein Beispiel sein - bei denen ein Anfang der Ausführung des qualifizierten Delikts vorliegt, obwohl noch kein Anfang der Ausführung des Grundtatbestandes gegeben ist.

b) Betrachten wir nun die Lösung des obigen Falles nach dem Entwurf 1962.

Zunächst ergeben sich keine Unterschiede, da der Anfang der Ausführung der Merkmale des Regelbeispiels in § 236 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 und damit ein versuchter "besonders schwerer Fall" des Diebstahls vorliegt.

Die Bedenken setzen jedoch ein, wenn man berücksichtigt, daß der Richter nicht gezwungen ist, einen "besonders schweren Fall" zu bejahen. Ist der

254) BAUMANN, AT S. 408; JAGUSCH (LK) § 43 Anm. II 1 f aa; MEZGER-BLEI, BT S. 134; vgl. auch insbesondere RG 54, 42 (43 ff.)

255) Vgl. die oben S. 106 Anm. 250) zitierten Entscheidungen und außerdem: JAGUSCH (LK) § 243 Anm. IV; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 243 Rdn. 57; BAUMANN, AT S. 408; MAURACH, BT S. 208; Amtliche Begründung S. 403 zu § 236

Richter der Ansicht, das Unrecht sei - beispielsweise wegen Geringwertigkeit der erstrebten Beute - nicht wesentlich erhöht, oder das Maß der Schuld rechtfertige aus irgendwelchen Gründen nicht die Anwendung des § 236, so kann er die Voraussetzungen eines "besonders schweren Falles" verneinen. Hätte der Täter in diesem Fall seine Handlung vollendet, so wäre er nur wegen einfachen Diebstahls zu bestrafen. Einen versuchten einfachen Diebstahl kann der Richter aber nicht bejahen, wenn nicht eine Gewahrsamslockerung vorhanden ist. Daß derartige Fälle denkbar sind, wurde in den vorausgegangenen Erörterungen nachgewiesen. Der Richter müßte also in einem derartigen Fall den Täter freisprechen.

Eine unmögliche Konsequenz! Allerdings ist nicht der Freispruch an sich unhaltbar, sondern die Art und Weise, in der er zustande kommt. Verurteilen oder freisprechen darf der Richter grundsätzlich nur, wenn er den Tatbestand bejaht oder verneint. In den Fällen der vorliegenden Art würde es aber, da es sich um einen "besonders schweren Fall" handelt, im Ermessen des Richters liegen, ob er freispricht oder verurteilt. Das Ermessen des Strafrichters darf sich jedoch nur auf das "Wieviel", nicht auch auf das "Ob" der Bestrafung erstrecken.

Diese Folgerung kann auch nicht dadurch vermieden werden, daß man die "besonders schweren Fälle" als tatbestandliche Regelung auffaßt. Diese Ansicht ist nicht haltbar, sie verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da ein Tatbestand nicht "in der Regel" vorliegen kann [256].

Die Konstruktion des Entwurfs 1962 führt also dazu, das Ermessen des Richters über das "Ob" der Bestrafung entscheiden zu lassen. Die Verwendung der Merkmale des Einbrechens und Einsteigens als "besonders schwere Fälle" des Diebstahls können also zu einem Freispruch aus Ermessensgründen führen.

Dieses Ergebnis wird noch merkwürdiger, wenn man einen Fall betrachtet, bei dem nicht die im Gesetz erwähnten Merkmale des Regelbeispiels versucht worden sind, sondern diesen an Unrechtsgehalt gleichkommende Merkmale, z. B. wenn der Täter versucht, sich in ein bewohntes Gebäude einzuschleichen, um dort zu stehlen.

Versucht der Täter sich einzuschleichen, um zur Nachtzeit zu stehlen, so liegt nach geltendem Recht ein versuchter schwerer Diebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB vor. Es ließen sich hierbei Fälle denken, in denen trotz versuchten Einschleichens von einer Gewahrsamslockerung im Sinne des § 242 StGB noch keine Rede sein kann.

So kann das Betreten eines Hauses durch eine unverschlossene Tür noch Vorbereitungshandlung sein [257];versucht der Täter aber, sich durch die offene

256) Vgl. oben S. 39ff

257) RG 43, 332 (333); 54, 182 (183)

Tür "einzuschleichen", um zur Nachtzeit zu stehlen, so liegt ein versuchter schwerer Diebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB vor. Dabei braucht eine Gewahrsamslockerung noch nicht gegeben zu sein, beispielsweise wenn der Dieb aus einer Schmuckkassette der Filmdiva, die diese in der Nachttischschublade ihres im 10. Stockwerk gelegenen Hotelzimmers aufbewahrt, stehlen will, aber bereits während seines Einschleichens im Parterre entdeckt wird.

Geht man davon aus, daß in solchem Fall noch keine Gewahrsamslockerung gegeben ist, so wird der Dieb, wenn er zur Nachtzeit stehlen wollte, wegen versuchten schweren Diebstahls nach den §§ 243 Abs. 1 Nr. 7, 43 StGB verurteilt, andernfalls wird er freigesprochen, da der qualifizierte Tatbestand des Diebstahls nicht gegeben ist, wenn der Diebsthal nicht zur Nachtzeit ausgeführt werden sollte [258]. Aber auch wenn man in diesem Beispiels eine Gewahrsamslockerung bereits bejaht, kann nicht außer acht gelassen werden, daß sich auch hier Fälle konstruieren lassen, in denen gerade ein Anfang der Ausführung des Einschleichens, aber noch keine Gewahrsamslockerung stattgefunden hat.

Wenn man diese Fälle nach dem Entwurf 1962 löst, so fällt zunächst auf, daß das Einschleichen kein "besonders schwerer Fall" des Diebstahls ist. Liegt eine Gewahrsamslockerung noch nicht vor, so wäre der Täter grundsätzlich freizusprechen.

Die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission waren sich aber darin einig, daß auch das Einschleichen, da es dem Einbrechen oder Einsteigen sehr ähnlich ist, einen "besonders schweren Fall" darstellen könne [259]. Falls der Richter also der Ansicht ist, Unrecht und Schuld des Täters seien wesentlich erhöht (z. B. bei einem mehrfach vorbestraften Täter, der es auf sehr große Beute abgesehen und sich in besonders raffinierter Weise einzuschleichen versucht hat), kann er in diesem Fall einen versuchten "besonders schweren Fall" des Diebstahls annehmen, obwohl er bei Verneinung eines derartigen Falles hätte freisprechen müssen. Es liegt also jetzt im Ermessen des Richters, den Täter zu bestrafen, obwohl nicht einmal der Anfang der Ausführung des Merkmals eines Regelbeispiels vorhanden ist, sondern nur ein diesem ähnlicher Sachverhalt gegeben ist. Hierbei ist es unerheblich, ob der Täter zur Nachtzeit stehlen wollte oder nicht.

Das Beispiel des Einschleichens zeigt also, daß bei einer derartigen Sachlage die Konstruktion der "besonders schweren Fälle" im Entwurf 1962 zu noch verwirrenderen Konsequenzen führt als in den Fällen des Einbrechens oder Einsteigens.

---

258) LOBE (LK, 4. Auflage 1929) § 43 Anm. 5 unter Berufung auf RG 43, 332; 47, 25 und 54, 183

259) Vgl. SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. VI S. 18; Amtliche Begründung S. 403 zu § 236

Ohne daß im Gesetz bestimmte Merkmale genau bezeichnet sind, kann der Richter nach seinem Ermessen verurteilen oder freisprechen, je nachdem, ob er § 236 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 auf einen diesem Regelbeispiel ähnlichen Sachverhalt anwendet oder nicht. Grundsätzlich bestehen allerdings keine Bedenken gegen die Möglichkeit, eine dem Regelbeispiel ähnliche Tat als "besonders schweren Fall" zu bestrafen [260]. Jedoch zeigt der versuchte "besonders schwere Fall" des § 236 Satz 2 Nr. 1 mit besonderer Deutlichkeit die nicht mehr vertretbaren Folgen dieser an sich gut gemeinten Regelung, da es gerade beim Versuch einiger "besonders schwerer Fälle" des Diebstahls zum Freispruch oder zur Verurteilung aus Ermessensgründen kommen kann.

Dieses Ergebnis erscheint umso bedauerlicher, als den Reformbestrebungen im Hinblick auf die "besonders schweren Fälle" gerade deshalb gesteigerte Aufmerksamkeit gewidmet wurde, um§ 243 StGB zu reformieren. Wenn auf die Notwendigkeit der Schaffung nicht zwingender "besonders schwerer Fälle" hingewiesen wurde, so geschah dies zumeist unter Hinweis auf die unerfreuliche Kasuistik gerade dieser Bestimmung [261]. Der Entwurf 1962 hat zwar die einzelnen Merkmale des § 243 StGB im wesentlichen nicht aufgegeben, sie aber insofern entschärft, als sie zu "besonders schweren Fällen" gemacht und damit einer zwingenden tatbestandlichen Ausgestaltung entzogen wurden. Die teilweise schon unerträglich gewordenen Nachteile der Kasuistik des § 243 StGB, beispielsweise beim Diebstahl aus und an Kraftfahrzeugen [262], wären durch die Konstruktion des Entwurfs beseitigt [263].

---

260) Vgl. oben S. 53 ff

261) DREHER, Niederschriften Bd. V S. 28; FRITZ, Niederschriften Bd. V S. 16; HEINITZ, ZStW 70, 1 (22); KOFFKA, Diskussion beim 41. Juristentag S. D 65; LACKNER, Niederschriften Bd. V S. 13; LANGE, Niederschriften Bd. I S. 120; Bd. VI S. 61; SCHRÖDER, Diskussion beim 41. Juristentag S. D 68; STREE S. 14

Es war der Anblick des § 243 StGB, der FRANZ VON LISZT ausrufen ließ: "Wenn alle die schönen Unterscheidungen von "Einbrechen", "Einsteigen" und "Erbrechen von Behältnissen", wenn die Begriffe der "falschen Schlüssel" und der "Gegenstände der Beförderung", der "Nachtzeit" und des "Einschleichens", wenn alle diese durch langen Gebrauch liebgewordenen kleinen alten Zöpfe aus der Mode kommen, wenn ein frischer Windzug dieses Spinnengewebe von Streitfragen auseinanderfegt - wieviel Zeit, wieviel Kraft, wieviel Arbeitslust wird uns übrigbleiben für ernstere, wichtigere, des gereiften Mannes würdigere Dinge". (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I S. 394).

262) Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 243 Rdn. 25 ff.

263) Diese Änderung des schweren Diebstahls durch § 236 des Entwurfs wird auch vom BayObLG in NJW 1964, 2025 (2026) begrüßt.

Andererseits haben die obigen Ausführungen gezeigt, daß die beim Versuch des § 236 Satz 2 Nr. 1 möglichen Konsequenzen mit einem an rechtsstaatlichen Maßstäben zu messenden Strafgesetz schlechterdings nicht zu vereinbaren sind. Die Möglichkeit, zu einem Freispruch oder einer Verurteilung aus Ermessensgründen zu gelangen, muß ein Strafgesetzbuch ausschließen. Will man nicht der Forderung v. LISZTs nach völliger Abschaffung der Unterscheidungsmerkmale des schweren Diebstahls folgen [264], so bleibt nichts anderes übrig, als zumindest die Nr. 1 des § 236 mit ihren vor der eigentlichen tatbestandsmäßigen Handlung liegenden Merkmalen wieder zu einem qualifizierten Tatbestand zu machen [265]. Zur Beseitigung etwa auftretender Härten bliebe die Möglichkeit, "minder schwere Fälle" vorzusehen.

2. Der Versuch der Veruntreuung durch Täuschung

Die "besonders schweren Fälle" werden also immer dort problematisch, wo die Merkmale dieser Erschwerungen vor dem Grundtatbestand liegen. Das gilt neben § 236 Satz 2 Nr. 1 auch für § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962.

Nach Ansicht der Amtlichen Begründung kann die verschleiernde Handlung auch vor der Unterschlagung selbst liegen [266]. Auch hier lassen sich Fälle denken, in denen mit der Verschleierung gerade begonnen worden ist, ein Anfang der Ausführung des Unterschlagungstatbestandes aber noch nicht gemacht worden ist. Da dem Richter in einem solchen Fall die Straferhöhung nicht zwingend vorgeschrieben ist, kann er die Voraussetzungen eines "besonders schweren Falles" verneinen und den Täter freisprechen.

Es tauchen also hier die gleichen Bedenken auf wie bei § 236 Satz 2 Nr. 1. Deshalb wäre es auch bei der Unterschlagung angebracht, das Regelbeispiel des § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 zu streichen und die Veruntreuung als qualifizierten Tatbestand auszugestalten oder wegfallen zu lassen, wie dies auch in früheren Entwürfen geschehen ist [267]. Diese letzte Auffassung ist auch schon deshalb

---

264) Vgl. oben S. 110 Anm. 261)

265) So auch ohne Begründung SKOTT, Niederschriften über die 1. Arbeitstagung der II. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission S. 5; ebenso GALLAS, Niederschriften Bd. VI S. 24 .

266) Amtliche Begründung S. 409 zu § 240; so auch schon für § 351 StGB, dem § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962 nachgebildet ist, RG HRR 1938 Nr. 1377

267) Vgl. sämtliche Entwürfe mit Ausnahme des Vorentwurfs 1909 und des Entwurfs 1925, insbesondere die Amtliche Begründung zum Entwurf 1927 S. 170

bedenkenfrei, weil die Veruntreuung ohnehin den Regelfall der Unterschlagung bildet [268]. Auf keinen Fall aber darf die jetzige Fassung des § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 des Entwurfs beibehalten werden, da sie zu rechtsstaatlich nicht einwandfreien Ergebnissen führen kann.

3. Die Unzucht mit Kindern durch Nötigung mit Gewalt oder Drohung

Ein weiterer Fall, bei dem die Merkmale des Regelbeispiels vor der eigentlichen tatbestandsmäßigen Handlung liegen, ist die Unzucht mit Kindern, begangen durch Nötigung mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, § 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 Entwurf 1962. Auch hier geht die Nötigungshandlung der Unzucht voraus.

Dieser Fall unterscheidet sich jedoch von den vorher erwähnten dadurch, daß die der Unzucht vorausgehenden Handlungen unmittelbar auf das Objekt der Tat, das Kind, einwirken, während sie bei Diebstahl und Unterschlagung nur auf die Sicherungsmittel des Objekts gerichtet sind. Bei der Unzucht mit Kindern liegt daher in der Gewaltanwendung oder Drohung immer schon ein Anfang der Ausführung der eigentlichen Unzuchtshandlung.

Die gegen die §§ 236 Satz 2 Nr. 1 und 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 erhobenen Einwände gelten deshalb nicht für § 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 des Entwurfs.

B. DIE "BESONDERS SCHWEREN FÄLLE" BEI VERSICHERUNGSMIßBRAUCH UND BETRUG

Auch die "besonders schweren Fälle" des Versicherungsmißbrauchs, § 256 Abs. 4 Satz 2, im Verhältnis zum schweren Betrug des § 253 Satz 2 Nr. 5 sind einer näheren Betrachtung wert. Es fällt zunächst auf, daß die Merkmale der Regelbeispiele in beiden Fällen mit Ausnahme der tempora im wesentlichen übereinstimmen; an diesem Punkt soll eine kritische Betrachtung einsetzen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht stellt der Entwurf in § 256 Abs. 1 ausdrücklich fest, daß in den Fällen, in denen der Täter den Versicherungsmißbrauch begeht, diese Tat gegenüber dem nachfolgenden Betrug subsidiär ist. Das gilt auch im Verhältnis zwischen vollendetem Versicherungsmißbrauch und versuchtem Betrug [269]. Der Anwendungsbereich des § 256 Entwurf 1962 ist allerdings gegenüber

---

268) HOLZAPFEL, Erscheinungsformen der Unterschlagung S. 79; WILKERLING, Niederschriften Bd. VI S. 61

269) Amtliche Begründung S. 428 zu § 256

dem § 265 StGB insofern ausgedehnt, als eine "betrügerische Absicht" nicht mehr verlangt wird. Liegt aber ein derartiger Sachverhalt (Handeln ohne betrügerische Absicht) vor, so ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten, da Betrug nicht möglich ist. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß Fälle, in denen der Täter ohne betrügerische Absicht handelt [270], gegenüber den Handlungen, die einen Betrug ermöglichen sollen, relativ selten sein werden. Bei den übrigen Fällen des Versicherungsmißbrauchs aber, die einen Betrug vorbereiten, können die "besonders schweren Fälle" zu Unstimmigkeiten führen, wie sich im folgenden zeigen wird.

Es soll von einem Sachverhalt ausgegangen werden, bei dem der Täter einen vollendeten "besonders schweren Fall" des Versicherungsmißbrauchs begangen und in betrügerischer Absicht gehandelt, mit der eigentlichen Betrugshandlung aber noch nicht begonnen hat. Läge kein "besonders schwerer Fall" vor, so wäre der Täter ohne Zweifel nur wegen Versicherungsmißbrauchs zu bestrafen. Da der Täter aber die Merkmale eines derartigen Falles erfüllt hat, taucht die Frage nach dem Verhältnis zum "besonders schweren Fall" des Betruges nach § 253 Satz 2 Nr. 5 auf.

Nach dem Willen der Verfasser des Entwurfs bildet den Anfang der Ausführung auch eine Handlung, durch die der Täter mit der Verwirklichung der Merkmale eines Regelbeispiels beginnt oder unmittelbar dazu ansetzt [271]. Wenn der Täter also eine Sache von bedeutendem Wert in Brand setzt, um sich Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, so könnte er neben der Vollendung des besonders schweren Versicherungsmißbrauchs, § 256 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2, zugleich einen Anfang der Ausführung des besonders schweren Betruges nach § 253 Satz 2 Nr. 5 b) gemacht haben. Ein vollendeter "besonders schwerer Fall" des Versicherungsbetruges würde dann aber wegen der Subsidiaritätsklausel in den zahlreichen Fällen, in denen der Täter einen Betrug ermöglichen will, niemals zur Anwendung kommen, da stets ein versuchter "besonders schwerer Fall" des Betruges vorläge. Die "besonders schweren Fälle" des Versicherungsmißbrauchs blieben auf die Fälle beschränkt, in denen der Täter einem anderen Leistungen aus einer Versicherung verschaffen will, auf die der Versicherungsnehmer einen Anspruch hat.

---

270) Es geht dabei um den bekannten Sachverhalt, in dem der Sohn des ahnungslosen Versicherungsnehmers dessen Haus in Brand setzt, um dem Vater die Versicherungssumme zu verschaffen, auf die er in diesem Fall einen Anspruch hat, vgl. RG 62, 297; 69, 1; 75, 60 (61); SCHÖNKE-SCHRÖDER § 265 Rdn. 12

271) Vgl. oben S. 105 Anm. 247)

Dieses zunächst verblüffende Ergebnis könnte nur durch Umstände erschüttert werden, die in geringfügigen Abweichungen des Wortlauts der "besonders schweren Fälle" in § 256 und § 253 Satz 2 Nr. 5 ihre Ursache haben.

§ 253 Satz 2 Nr. 5 erweitert den "besonders schweren Fall" des § 256 Abs. 4 dahin, daß der Täter einen "Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er" die bestimmten Handlunge vorgenommen hat. Nach dem Willen der Verfasser des Entwurfs werden hier Handlungen erfaßt, die schon im Bereich der Vorbereitungshandlung als "besonders schwere Fälle" des Versicherungsmißbrauchs strafbar sind [272]. Die Einbeziehung der eigentlichen Vorbereitungshandlung in den Bereich des Betruges durch die dortige Ausgestaltung als "besonders schwerer Fall" führt jedoch zu den oben erwähnten Überschneidungen.

Daran könnte nur die Tatsache etwas ändern, daß der Täter beim besonders schweren Betrug im Unterschied zum Versicherungsmißbrauch zusätzlich einen Versicherungsfall vortäuschen muß. Wenn man davon ausgeht, daß darin lediglich eine besondere Art der Täuschungshandlung liegt, die als Merkmal des "besonders schweren Falles" gleichberechtigt neben den anderen, weiteren Ausgestaltungen des "besonders schweren Falles" steht, wäre ein versuchter besonders schwerer Betrug gegeben, da der Anfang der Ausführung e i n e s Merkmals des "besonders schweren Falles" gemacht worden wäre. Auch die amtliche Begründung geht davon aus, daß sich die Regelbeispiele in den §§ 256 Abs. 4 und 253 Satz 2 Nr. 5 decken [273]. Es handelt sich hier, so könnte man sagen, um einen "mehraktigen" "besonders schweren Fall", dessen Merkmale gleichberechtigt nebeneinanderstehen.

> Wenn der Täter also, um einen Versicherungsbetrug zu begehen, ein Schiff zum Sinken bringt, so hat er neben der Vollendung eines Versicherungsmißbrauchs gleichzeitig den Anfang der Ausführung eines besonders schweren Betruges gemacht. Auch wenn der versuchte Betrug später beginnt als der vollendete Versicherungsmißbrauch, könnte dennoch nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß mit Vollendung des schweren Versicherungsmißbrauchs gleichzeitig mit der Erfüllung der Merkmale des schweren Betruges begonnen worden ist.
>
> Das gleiche müßte aber auch für den versuchten besonders schweren Versicherungsmißbrauch gelten.
>
> Beginnt der Täter damit, eine Sache von bedeutendem Wert in Brand zu setzen, um sich Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, so liegt auch

272) Amtliche Begründung S. 426 zu § 253
273) S. 428 zu § 256

hierin ein Anfang der Ausführung der Regelbeispiele des § 253 Satz 2 Nr. 5. Der Wortlaut der zuletzt genannten Bestimmung scheint allerdings entgegenzustehen, da es dort ausdrücklich heißt: "..., nachdem (der Täter) ... in Brand gesetzt hat", also eine erfolgreiche Brandstiftung vorausgesetzt wird. Da es aber für einen Versuch ausreicht, daß mit der Verwirklichung der Merkmale des Regelbeispiels nur begonnen wurde, läge auch beim nur versuchten Inbrandsetzen zur Vortäuschung eines Versicherungsfalles ein versuchter schwerer Betrug nach den §§ 253 Satz 2 Nr. 5 b), 26 Entwurf 1962 vor.

Es ist also bei dieser Ansicht festzuhalten, daß bei den wohl häufigsten Fällen des Versicherungsmißbrauchs, in denen der Täter in "betrügerischer Absicht" handelt, ein "besonders schwerer Fall" niemals zur Anwendung käme, da gleichzeitig ein versuchter besonders schwerer Betrug vorläge. Da der Versicherungsmißbrauch in diesen Fällen als Vorbereitungshandlung zum Betrug angesehen wird, ergibt sich die merkwürdige Konstellation, daß eine Handlung zugleich Vorbereitungshandlung und Versuch ist!

Eine weitere Folge dieser Konstruktion besteht darin, daß es im Ermessen des Richters liegt, einen "besonders schweren Fall" trotz Vorliegens der Merkmale eines Regelbeispiels zu verneinen. Hat der Täter also eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt, um sich die Versicherungssumme zu erschleichen, so tritt grundsätzlich der vollendete besonders schwere Versicherungsmißbrauch hinter dem versuchten schweren Betrug zurück. Verneint der Richter allerdings eine wesentliche Erhöhung von Unrecht und Schuld, so muß er wegen vollendeten "einfachen" Versicherungsmißbrauchs bestrafen. Von einem versuchten Betrug kann in diesem Fall keine Rede sein, da mit der eigentlichen Betrugshandlung noch kein Anfang der Ausführung gemacht worden ist. Die Handlung bewegt sich vielmehr noch im reinen Vorbereitungsstadium, das nur durch die Gestaltung als "besonders schwerer Fall" - falls ein solcher bejaht wird - eigene Strafbarkeit erfährt. Es steht also in diesem Fall im Ermessen des Richters, nach welcher Vorschrift er bestraft: Bei Bejahung der Voraussetzungen eines "besonders schweren Falles" wegen versuchten besonders schweren Betruges, bei Verneinung eines "besonders schweren Falles" trotz Erfüllung der Merkmale des Regelbeispiels wegen vollendeten (einfachen) Versicherungsmißbrauchs. Daß eine solche Regelung, die dem Ermessen des Richters sogar die Auswahl des Delikts überläßt, nicht hingenommen werden kann, braucht nicht besonders betont zu werden.

Diese Unstimmigkeiten können nur dadurch beseitigt werden, daß man beim Betrug im Unterschied zum Versicherungsmißbrauch das eigentliche Merkmal des "besonders schweren Falles" im Vortäuschen eines Versicherungsfalles

sieht. Allein auf dieses Merkmal darf sich die Auffassung des Entwurfs erstrecken, daß ein Versuch bereits im Anfang der Ausführung der Merkmale des Regelbeispiels liegt.

Der Versuch des Betruges beginnt also erst mit dem Anfang der Ausführung des Vortäuschens eines Versicherungsfalles, nicht schon mit dem Anfang der Ausführung der übrigen Merkmale des § 253 Satz 2 Nr. 5.

Diese Auffassung findet ihre Stütze auch in der "nachdem"-Klausel. Es handelt sich nicht um einen "mehraktigen" "besonders schweren Fall" mit gleichberechtigten Merkmalen. Vielmehr müssen die Regelbeispiele des besonders schweren Versicherungsmißbrauchs beim Betrug abgeschlossen vorhanden sein, zu denen die Vortäuschung eines Versicherungsfalles hinzutritt. Der vollendete besonders schwere Versicherungsmißbrauch wird erst dann zum versuchten besonders schweren Betrug, wenn mit der Vortäuschung eines Versicherungsfalles begonnen worden ist.

Nur diese Auffassung ermöglicht es, dem besonders schweren Versicherungsmißbrauch bei betrügerischer Absicht des Täters selbständige Bedeutung zuzubilligen. Sie ist auch durchaus mit dem Wortlaut des Entwurfs zu vereinbaren.

C. FEHLENDE WERTGRUPPENBILDUNG BEI EINIGEN REGELBEISPIELEN

Der Entwurf 1962 hat sich bei den Regelbeispielen der "besonders schweren Fälle" bemüht, Wertgruppen [274] zu bilden; der "besonders schwere Fall" sollte gegenüber dem Normalfall einen "herausgehobenen Typus" [275] verkörpern. Diesem Erfordernis wird nur dann genügt, wenn die Regelbeispiele die Merkmale eines qualifizierten Tattypus enthalten und den Normalfall nicht nur an bloßer Strafwürdigkeit übertreffen [276]. Eine besondere Wertgruppe in diesem Sinne stellt beispielsweise der Einbruchsdiebstahl, § 236 Satz 2 Nr. 1, gegenüber dem einfachen Diebstahl dar.

Der Entwurf 1962 enthält jedoch einige Tatbestände, bei denen sich der "besonders schwere Fall" vom Normalfall nicht in einer der Grundanschauung des Entwurfs entsprechenden Weise abhebt.

---

274) Amtliche Begründung S. 184 zu § 62
275) Amtliche Begründung a. a. O.
276) GALLAS, Niederschriften Bd. XII S. 279 f.

1. Die erhebliche Beeinträchtigung in den seelischen Kräften als "besonders schwerer Fall" des § 154 Entwurf 1962

Bedenklich in dieser Hinsicht erscheint zunächst § 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 2. Alternative auf Grund der Verweisung auf § 147 Abs. 2. Während die Zufügung körperlicher Schäden im Verhältnis des § 154 Abs. 1 zu den "besonders schweren Fällen" des § 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 i. V. m. § 147 Abs. 2 klar abgestuft ist, kann davon beim Auftreten seelischer Schäden keine Rede sein.

Der Grundtatbestand der Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger ist erfüllt, wenn der Täter das Opfer "seelisch erheblich schädigt", § 154 Abs. 1; die Tat wird zum "besonders schweren Fall", wenn das Opfer in seinen "seelischen Kräften erheblich beeinträchtigt wird", § 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 i. V. m. § 147 Abs. 2.

Die Amtliche Begründung ist hierbei der Meinung, zwischen beiden Fällen bestehe eine merkbare Abstufung [277], äußert sich aber nicht darüber, worin dieser Unterschied bestehen soll. Die Begründung stellt im übrigen nichts weiter dar als eine petitio principii: Sie geht davon aus, daß die erheblichen Schädigungen an Bedeutung hinter den schweren Schädigungen im Sinne des § 147 Abs. 2 zurückstehen, wie es sich aus Abs. 4 ergebe [278]. Die Begründung beruft sich also zum Beweis eines Unterschieds auf die verschiedene gesetzliche Regelung, sie schließt von einer unterschiedlichen Konstruktion auf die verschiedene Bedeutung der geregelten Materien, mit anderen Worten: Weil eine unterschiedliche Regelung vorhanden ist, muß auch ein unterschiedlicher Sachverhalt geregelt worden sein!

Betrachtet man den bloßen Wortlaut des Gesetzes, so drängen sich Zweifel an dem behaupteten Unterschied auf. Eine erhebliche seelische Schädigung und eine erhebliche Beeinträchtigung in den seelischen Kräften wird man auch nach scharfsinnigster Auslegung kaum voneinander trennen können. Ob der Praxis durch diese beiden nahezu gleichen Formulierungen ein geeignetes Abgrenzungskriterium in die Hand gegeben ist, muß bezweifelt werden. Eine besondere Wertgruppe kann in dieser Scheindifferenzierung nicht erblickt werden.

277) S. 289 zu § 154

278) Amtliche Begründung S. 289 zu § 154

2. Die Herbeiführung der Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland als "besonders schwerer Fall" der §§ 383, 389 und 384

Ähnlcihe Ungenauigkeiten ergeben sich bei einigen Landesverratsbestimmungen.

Während beim Landesverrrat (§ 383) und bei landesverräterischem Vortäuschen von Staatsgeheimnissen (§ 389) bereits zum Grundtatbestand die Gefährdung des Wohls der Bundesrepublik gehört, soll ein "besonders schwerer Fall" vorliegen, wenn die Gefahr eines besonders schweren Nachteils für die Bundesrepublik herbeigeführt wird. Zwischen beiden Fällen ist jedoch kaum ein Unterschied festzustellen.

Die Gefährdung des Wohls der Bundesrepublik im Grundtatbestand dieser Delikte kann man mit der Herbeiführung der Gefahr eines Nachteils für die Bundesrepublik gleichsetzen [279]. Wie dann aber ein Unterschied zum "besonders schweren Fall", der die Herbeiführung eines besonders schweren Nachteils zum Inhalt hat, festgestellt werden soll, ist unerfindlich.

Die Amtliche Begründung führt aus, daß es sich bei diesem Regelbeispiel um das Volksganze treffende außergewöhnliche Gefahren handeln müsse, wie etwa der Verrat von Atomgeheimnissen zu einem gefährlichen Zeitpunkt [280]. Wenn man deshalb auch nicht sagen kann, dieser "besonders schwere Fall" bilde seinem Wortlaut nach bereits den Regelfall des Landesverrats, so ist dem Entwurf aber andererseits vorzuwerfen, daß die Merkmale des Regelbeispiels sich nur undeutlich vom Grundtatbestand abheben. Der "besonders schwere Fall" unterscheidet sich bei diesen Delikten vom Normalfall im Grunde nur dadurch, daß der Fall besonders schwer sein muß. Statt der Gefährdung des Wohls, also der Gefahr eines Nachteils, wird der "besonders schwere Fall" durch die Gefahr eines "besonders schweren" Nachteils charakterisiert. Von Wertgruppenbildung und herausgehobenem Typus kann bei einer derart dürftigen Unterscheidung keine Rede sein [281]. Es ist eine bloße "Klischeeform", wie RICHARD LANGE die "besonders schweren Fälle" des § 263 StGB a.F. bezeichnet hat [282].

Das gleiche gilt auch für die landesverräterische Ausspähung des § 384

279) BayObLG NJW 1957, 1327 (1328); HERBERT ARNDT, ZStW 66, 41 (64); SCHWARZ-DREHER § 99 Anm. 4

280) Amtliche Begründung S. 574 zu § 383

281) Im Ergebnis ebenso DREHER, Niederschriften Bd. X S. 209

282) Niederschriften Bd. V S. 11

Entwurf 1962, der die oben erwähnten Merkmale im subjektiven Bereich verwendet [283].

3. Die Zufügung eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland als "besonders schwerer Fall" des § 413 Entwurf 1962

Ähnlich ungenau ist auch der "besonders schwere Fall" des § 413 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 konstruiert.

Auch hier liegt im Ergebnis ein unbenannter "besonders schwerer Fall" vor, da sich die Merkmale des Regelbeispiels tatsächlich kaum von denen des Normalfalls der Wehrmittelsabotage unterscheiden. Da zum Grundtatbestand dieses Delikts unter anderem eine konkrete Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik gehört, kann davon der "besonders schwere Fall" der Zufügung eines schweren Nachteils kaum abgegrenzt werden. Die Gefährdung der Sicherheit des Staates beispielsweise durch die Zerstörung von Anlagen der Landesverteidigung stellt zugleich einen Nachteil für den Staat dar. Ein "besonders schwerer Fall" soll nach dem Willen des Entwurfs aber dann vorliegen, wenn dieser Nachteil "schwer" - nicht einmal "besonders schwer" - ist. Es ist nichts weiter als eine versteckte Tautologie, wenn der Entwurf einen "besonders schweren Fall" als gegeben annimmt, wenn ein Fall "besonders schwer" ist. Eine Verbesserung gegenüber den unbenannten Fällen des geltenden Rechts ist damit nicht erreicht.

D. IDENTITÄT DER MERKMALE VON "BESONDERS SCHWEREM FALL" UND GRUNDTATBESTAND

Ein offensichtlicher Fehler bei der Gesetzeskonstruktion ist den Verfassern des Entwurfs 1962 bei einem der "besonders schweren Fälle" der Nötigungsdelikte unterlaufen, und zwar bei der Drohung mit einem Verbrechen, §§ 171 Satz 2 Nr. 1, 396 Abs. 3 und 422 Satz 2 Nr. 2.

Gegen die Verwendung dieses Merkmals als Regelbeispiels wäre an sich nichts einzuwenden, wenn nicht dieser Umstand bereits zum Grundtatbestand der erwähnten Delikte gehörte. Zum Tatbestand der Nötigung, der Nötigung von Mitgliedern eines Verfassungsorgans, der Nötigung zu Diensthandlungen

---

283) § 384 Abs. 1: "... um es in einer das Wohl der Bundesrepublik ... gefährdenden Weise ..."; § 384 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3: "... die Gefahr eines besonders schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde."

und des Widerstandes, §§ 170, 396, 418 und 419, zählt die Nötigung mit Gewalt oder durch "gefährliche Drohung (§ 11 Abs. 1 Nr. 7)". Nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 7 b) des Entwurfs ist unter dem Begriff "gefährliche Drohung" auch die Drohung mit einem Verbrechen zu verstehen. Droht also der Täter mit einem Verbrechen, so erfüllt er den Grundtatbestand der Nötigungsdelikte und zugleich die Merkmale eines "besonders schweren Falles" dieser Bestimmungen. Der "besonders schwere Fall" ist also in bestimmten Fällen mit dem Grundtatbestand identisch.

Daß eine derartige Konstruktion verfehlt ist und der Auffassung der "besonders schweren Fälle" als gegenüber dem Grundtatbestand herausgehobenem Typus nicht entspricht, bedarf keiner Begründung. Es kann deshalb nur empfohlen werden, die Drohung mit einem Verbrechen als "besonders schweren Fall" in den §§ 171, 396 und 422 zu streichen.

E. ZUSAMMENFASSUNG

Die Ausführungen haben gezeigt, daß bei der Ausgestaltung einzelner "besonders schwerer Fälle" dogmatische Schwierigkeiten entstehen, die eine nochmalige Überprüfung verschiedener Merkmale erforderlich machen. Abgesehen von der bei den Nötigungsdelikten vorhandenen Fehlkonstruktionen gilt das insbesondere für die Strafbarkeit des Versuchs beim schweren Diebstahl des § 236 Satz 2 Nr. 1 und die bei einigen Bestimmungen fehlende Wertgruppenbildung. Eine Änderung des Entwurfs erscheint insoweit unausbleiblich.

VI. KRIMINOLOGISCH FEHLERHAFTE AUSGESTALTUNG EINZELNER REGELBEISPIELE

Nachdem bisher die "besonders schweren Fälle" unter dogmatischen Gesichtspunkten behandelt worden sind, soll nunmehr auf einige Zweifel hingewiesen werden, die sich aus der kriminologischen Struktur einiger Regelbeispiele im Verhältnis zum Grundtatbestand ergeben.

Nach einhelliger Ansicht bildet der "besonders schwere Fall" gegenüber dem Regelfall einen herausgehobenen Typus und gehört einer höheren Wertgruppe an, die sich vom Durchschnittsfall deutlich abhebt [284]. Das kriminologische Erscheinungsbild der "besonders schweren Fälle" muß sich deshalb merklich von den Regelbeispielen unterscheiden und, wie die Definition des § 62 voraussetzt, eine wesentliche Erhöhung von Unrecht und Schuld verkörpern. Nur wenn die Beispiele sich tatsächlich durch ihre besondere Schwere vom Regelfall des Grundtatbestandes

284) Vgl. oben S. 116

abheben, ist ihre Verwendung gerechtfertigt.

Diese Voraussetzungen sind jedoch bei einigen Regelbeispielen nicht erfüllt, da in verschiedenen Fällen die Merkmale der Regelbeispiele die kriminologische Erscheinungsform des Normalfalles des betreffenden Delikts wiedergeben.

Wenn im folgenden Teil der Arbeit der Versuch gemacht wird, auf einige dieser Fälle hinzuweisen, so dürfen dabei die Schwierigkeiten im Hinblick auf eine abschließende Stellungnahme nicht übersehen werden. Mit kriminologischer Literatur zu den auch im geltenden Recht vorhandenen Delikten und insbesondere ihren tatsächlichen Erscheinungsformen ist es nur spärlich bestellt. Bei den Tatbeständen, die das geltende Recht überhaupt nicht kennt, müssen sich die Ausführungen auf mehr oder weniger stark anzumeldende Zweifel beschränken.

A. "BESONDERS SCHWERE FÄLLE" ALS REGELFÄLLE DES GRUNDTATBESTANDES

Da sich in der Regel keine Gemeinsamkeiten bei den einzelnen Delikten und auch nicht bei den einzelnen Regelbeispielen feststellen lassen, werden die hier interessierenden Delikte in der Reihenfolge ihrer gesetzlichen Anordnung dargestellt.

1. Aussetzung, § 139 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962

Als "besonders schweren Fall" der Aussetzung wird die Begehung "an einem Kinde" gewertet; dieser Fall kann als die überwiegende Erscheinungsform des Tatbestandes betrachtet werden [285].

Bezeichnenderweise war auch die Aussetzung neugeborener Kinder in früheren Gesetzen der allein bestrafte Fall dieses Deliktes [286] und kann deshalb als Urtyp und Hauptfall nicht eine besondere Erschwerungsform bilden. Auch wenn § 139 Entwurf 1962 den Kreis der durch die Aussetzung geschützten Personen erweitert (§ 139 Abs. 1 Entwurf 1962: "einen anderen"; § 221 Abs. 1 StGB: "eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit Hilflose Person"), liegt es in der Struktur dieses relativ seltenen Delikts [287], daß

285) HENNIG, Das Delikt der Aussetzung S. 38; PRESTEL, Aussetzung S. 1o; USINGER, Der Tatbestand der Aussetzung S. 1

286) HENNIG S. 9; PRESTEL S. 10; USINGER S. 1

287) BALDUS, Niederschriften Bd. VII S. 100; der Bundesgerichtshof hat bis zum 18. Band der Amtlichen Sammlung keinen Fall veröffentlicht.

der Regelfall die Aussetzung eines Kindes sein wird.

> Das zeigt auch ein Blick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das sich in dreizehn in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen mit Fällen von Aussetzung zu beschäftigen hatte [288], von denen sich allein acht auf die Aussetzung von Kindern bezogen [289].

Man kann deshalb davon ausgehen, daß die Aussetzung eines Kindes den Hauptfall des Tatbestandes bildet. Dann entspricht aber die Verwendung dieses Umstandes als Regelbeispiel nicht der Auffassung der "besonders schweren Fälle" als herausgehobener Typus und besondere Wertgruppe. Der Regelfall kann nicht gleichzeitig ein Sonderfall sein.

> Bezeichnenderweise haben sich auch einige Mitglieder der Großen Strafrechtskommission bei diesem Tatbestand dafür ausgesprochen, auf "besonders schwere Fälle" zu verzichten [290]. Auch die vorläufige Zusammenstellung der "besonders schweren Fälle" nach den Beschlüssen der Unterkommissionen [291] sah bei der Aussetzung noch keine benannten Fälle dieser Art vor. Wieweit diese Tendenz berechtigt war, zeigt sich an dem Beispiel der Aussetzung "an einem Kinde".

Gegen die Ausgestaltung dieses Merkmals zum qualifizierten Tatbestand - wie es z. B. in eingeschränkter Form in § 221 Abs. 2 StGB geschehen ist - bestehen nicht so durchgreifende Bedenken, da die Qualifikation im Unterschied zum "besonders schweren Fall" einen neuen Tatbestand bildet, bei dessen Konstruktion der Gesetzgeber freier gestellt ist als bei der durch besondere, im Allgemeinen Teil zusätzlich festgelegte Merkmale geprägten Grundauffassung zu den "besonders schweren Fällen".

Es ist jedenfalls daran festzuhalten, daß die Aussetzung eines Kindes den Hauptfall der Aussetzung darstellt und deshalb als Regelbeispiel ungeeignet ist.

---

288) RG 2, 15; 5, 393; 7, 111; 8, 205; 8, 343; 10, 183; 25, 321; 31, 165; 38, 377; 54, 273; 59, 387; 62, 8; 68, 407.

289) RG 2, 15; 7, 111; 10, 183; 25, 321; 38, 377; 59, 387; 62, 8; 68, 407.

290) BALDUS, Niederschriften Bd. VII S. 100; GALLAS, Niederschriften Bd. VII S. 98; SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. VII S. 102; EB. SCHMIDT, Niederschriften über die 2. Arbeitstagung der I. Unterkommission vom 21. - 26.1.1957, S. 46

291) Niederschriften Bd. V S. 162

2. Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger, § 154 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und 2 Entwurf 1962

Bei der Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger ergeben sich gegenüber den ersten beiden Regelbeispielen ähnliche Bedenken kriminologischer Art, da auch diese Merkmale keine aus dem Grundtatbestand herausragende Wertgruppe bilden.

a) Das gilt in besonderem Maße für die Nr. 1 des § 154 Abs. 3, die einen "besonders schweren Fall" als gegeben ansieht, wenn "der Täter die Tat an einem Kinde unter sieben Jahren begeht".

Die Mißhandlung eines Kindes unter sieben Jahren erweist sich jedoch als Regelfall des Mißhandlungstatbestandes, wie zahlreiche kriminologische Untersuchungen zu § 223 b StGB ergeben [292]. Das hängt sicher auch damit zusammen, daß mit Beginn der Schulpflicht eine bessere Beobachtungsmöglichkeit durch Dritte entsteht.

Nun erweitert zwar § 154 Entwurf 1962 den Kreis der geschützten Personen gegenüber § 223 b StGB, aber auch diese Änderung wird an der überwiegenden Anwendung dieser Vorschrift gerade auf Kinder unter sieben Jahren nichts ändern. Die Mißhandlung eines Gefangenen oder sonst auf behördliche Anordnung Verwahrten, § 154 Abs. 2 des Entwurfs, die im wesentlichen § 340 StGB ersetzen soll [293], wird tatsächlich nur eine untergeordnete Rolle gegenüber den Mißhandlungen der in § 154 Abs. 1 genannten Personen spielen.

Es kann also davon ausgegangen werden, daß die Mißhandlung von Kindern unter sieben Jahren gerade den Regelfall des § 154 Entwurf 1962 bildet. Dieses Beispiel ist deshalb als "besonders schwerer Fall" nicht brauchbar.

b) Auch die Nr. 2 des § 154 Abs. 3 des Entwurfs (die beharrliche Wiederholung) ist kein geeignetes Regelbeispiel. Neben den dogmatischen Schwierigkeiten, die sich bei der Verwendung dieses Merkmals als "besonders schwerer Fall" zeigen [294], sprechen auch kriminologische Gesichtspunkte dagegen, diesen Begriff in der vom Entwurf vorgeschlagenen Weise zu verwenden.

---

292) HÖPLER, Archiv für Kriminologie 69, 223 (283); NIX, Die Mißhandlung Abhängiger S. 85; SCHLEYER, MonKrim 41, 65 f.; WILD, Die körperliche Mißhandlung S. 7 bis 31 gibt bei 33 Kindern das Alter an; von diesen Kindern waren 20 = 61 % unter sieben Jahren.
Von den beim Bezirksamt Berlin-Wedding im Sommer 1964 zu bearbeitenden 87 Fällen von Mißhandlung betrafen 60 Fälle = 69 % Kinder unter sieben Jahren.

293) Amtliche Begründung S. 289 zu § 154

294) Vgl. oben S. 97

Gerade bei der Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger und ihrem Hauptanwendungsbereich, der Kindesmißhandlung, geschieht die Tathandlung meist nicht nur einmal, sondern erstreckt sich über längere Zeiträume, in denen der Täter seine Handlung häufig wiederholt. Ein hartnäckiges Verhalten, d.h. eine Wiederholung ungeachtet äußerer oder innerer Hemmungen, ist nicht erforderlich; vielmehr reicht die Neigung zur Wiederholung aus [295]. Eine solche Neigung zur Wiederholung, verbunden mit der tatsächlichen Ausführung mehrerer Mißhandlungen, wird auch bei den meisten Tätern festzustellen sein. Auch hier hat der Entwurf 1962 den Regelfall zum "besonders schweren Fall" gemacht.

Da gegen sämtliche Regelbeispiele bei § 154 Abs. 3 des Entwurfs Einwände von gewisser Bedeutung geltend gemacht werden können [296], wäre ein Verzicht auf "besonders schwere Fälle" bei diesem Delikt zu empfehlen, wie dies auch von einigen Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission, wenn auch mehr aus grundsätzlichen Erwägungen, vorgeschlagen worden ist [297]. BOCKELMANN weist mit Recht darauf hin, daß sich die Heraufsetzung der Höchststrafe bei den "besonders schweren Fällen" der Mißhandlung kaum auswirken würde, da die fünf Jahre übersteigende Gefängnisstrafe praktisch nur auf dem Papier stehe [298]. Die gegenüber § 154 Abs. 3 des Entwurfs um die Hälfte der Zeit geringere Höchststrafe bei § 223 b StGB ist - soweit ersichtlich - bisher von niemandem für zu kurz erachtet worden. Selbst wenn man glaubte, den Strafrahmen auch für die Fälle des § 340 Abs. 2 StGB, der Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren zuläßt, erweitern zu müssen, wäre eine so große Ausdehnung nach oben nicht nötig gewesen. Wie bereits EXNER im Jahre 1931 nachgewiesen hat, überstiegen bei Verurteilungen nach § 340 StGB in den Jahren 1925 bis 1927 die Strafen in nur 0,3 % der Fälle 1 Jahr Gefängnis; auf Zuchthaus wurde in keinem Fall erkannt [299]. Die Möglichkeit, eine bis auf zehn Jahre ausgedehnte Strafe zu verhängen, ist ohne praktischen Wert.

Der Wegfall der "besonders schweren Fälle" bei § 154 des Entwurfs würde deshalb keinen Schaden anrichten, wohl aber die dogmatischen und kriminologischen Unzulänglichkeiten der vorgesehenen Regelung beseitigen.

---

295) Amtliche Begründung S. 289 zu § 154

296) Hinsichtlich Nr. 3 vgl. oben S. 117

297) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. VII S. 176; GALLAS, Niederschriften Bd. VII S. 176; EB. SCHMIDT, Niederschriften Bd. VII S. 177; auch SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. VII S. 176, bemerkt, daß nicht in jedem Fall geeignete Beispiele ausgewählt worden seien.

298) BOCKELMANN, Niederschriften Bd. VII S. 176

299) Strafzumessungspraxis S. 117

3. Schwere Nötigung zur Unzucht, § 206 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962

Auch der "besonders schwere Fall" der Nötigung zur Unzucht, der durch einen "hinterlistigen Überfall" charakterisiert wird, läßt sich nicht in die Kategorie eines gegenüber dem Grundtatbestand herausgehobenen Typus einordnen. Selbst die Amtliche Begründung sieht diesen Fall als für die Nötigung zur Unzucht "besonders typisch" an [300]. Bei den von HOß [301] untersuchten sieben Fällen des § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der im wesentlichen dem § 206 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Entwurf 1962 entspricht, wurden in fünf Fällen die Opfer überraschend angegriffen.

> Nun reicht allerdings nach der im geltenden Recht zu § 223 a StGB vertretenen Ansicht die bloße Ausnutzung der Überraschung zur Annahme eines hinterlistigen Überfalls nicht aus [302]. Vielmehr ist ein Überfall erst dann hinterlistig, wenn der Täter planmäßig unter Verdeckung seiner wahren Absicht handelt, um gerade dadurch dem Opfer die Abwehr des unerwarteten Angriffs zu erschweren [303]. Da die Amtliche Begründung zum Begriff des hinterlistigen Überfalls in § 206 a keine Erläuterung gibt, ist dieser Begriff in dem Sinne zu verstehen, wie er von der Rechtsprechung zum geltenden Recht geprägt worden ist.

Bei einem Tatbestand wie dem der schweren Nötigung zur Unzucht, § 206 a Abs. 1 Entwurf 1962, bei dem die Ausführung mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum Grundtatbestand gehört, wird die Tat in der Mehrzahl der Fälle mittels eines hinterlistigen Überfalls geschehen, da Gewalt oder Drohung gerade dann erfolgreich angewendet werden können, wenn der Täter zu Anfang unter Verdeckung seiner wahren Absicht vorgeht.

Berücksichtigt man die relative Häufigkeit der "besonders schweren Fälle" bei diesem Tatbestand, so erweckt außerdem die Strafdrohung für diese Fälle (Zuchthaus bis zu zehn Jahren) nicht zu übersehende Bedenken. Bei den von HOß untersuchten 140 Fällen [304] des § 176 StGB wurde in keinem Fall eine zwei Jahre übersteigende Strafe ausgesprochen [305], ebenso wurde nicht einmal

---

300) Amtliche Begründung S. 363 zu § 206 a

301) Erscheinungsformen und Strafzumessung S. 4

302) BGH GA 1961, 241; SCHWARZ-DREHER § 223 a Anm. 1 A b

303) RG 65, 65 (66); BGH 5 StR 114/56 bei DALLINGER in MDR 1956, 526; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 223 a Rdn. 8

304) HOß S. 1

305) HOß S. 45

die grundsätzlich vorgesehene Zuchthausstrafe verhängt [306]. EXNER bestimmte den Anteil der Zuchthausstrafe mit 5,7 % [307] bei § 176 Nr. 1 StGB. Nahezu das gleiche Ergebnis verzeichnet auch die Statistik der Abgeurteilten und Verurteilten der letzten Jahre: In nur 5,8 % aller nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB abgeurteilten Fälle wurde die Zuchthausstrafe angewendet [308].

Hält man sich demgegenüber die Regelung des Entwurfs vor Augen, so wäre für die Mehrzahl der Fälle von schwerer Nötigung zur Unzucht, die gerade für dieses Delikt besonders typisch sind - der gemeinschaftliche und hinterlistige Überfall [309] - die Mindeststrafe grundsätzlich zwei Jahre Zuchthaus, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Zuchthausstrafe durch ihre Beschränkung auf Delikte der Hochkriminalität [310] den Täter noch stärker als im geltenden Recht abstempeln soll. Die Konstruktion des Entwurfs würde also theoretisch zu einer erheblichen Verschärfung der Strafen führen.

In der Praxis ist es aber wegen der allgemein zu beobachtenden Tendenz der Gerichte zur Milde [311] wahrscheinlicher, daß die "in der Regel"-Klausel bei den "besonders schweren Fällen" zur Ausnahme würde, womit wieder die richtige Relation zwischen Normalfall und Ausnahme ("besonders schwerem Fall") hergestellt wäre, allerdings unter Umgehung des Gesetzeswortlauts. Ob der Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe, der schon aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen ist [312], kriminalpolitisch notwendig ist, muß aus den bisherigen Erfahrungen über die Strafzumessungspraxis der Gerichte bezweifelt werden.

Der Gesetzgeber sollte die Nr. 2 des § 206 a Abs. 3 streichen, da dieser Fall zu den Regelfällen der schweren Nötigung zur Unzucht gehört, so daß die Androhung der Zuchthausstrafe schon aus diesem Grunde fehl am Platze ist.

---

306) HOß S. 77
307) Strafzumessungspraxis S. 110
308) Statistik der Bundesrepublik Deutschland der Jahre 1954 bis 1962
309) Vgl. die Amtliche Begründung S. 263 zu § 206 a
310) Vgl. oben S. 56
311) So schon EXNER, Strafzumessungspraxis S. 23; NESTLER S. 20
312) Vgl. oben S. 58 ff.

4. Unzucht mit Kindern, § 210 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 Entwurf 1962

Zur Gruppe der kriminologisch zweifelhaften Regelbeispiele gehört bei der Unzucht mit Kindern die "beharrliche Wiederholung". Hierunter ist lediglich die Neigung zur Wiederholung zu verstehen, nicht aber eine Wiederholung ungeachtet äußerer oder innerer Hemmungen [313].

Gerade bei Unzucht mit Kindern ist jedoch bei den Tätern in der Regel eine derartige Neigung feststellbar [314]. WEGNER weist in seiner Abhandlung über die Sittlichkeitsdelikte an Kindern und Jugendlichen nach, daß mehr als die Hälfte aller Täter ihre Opfer zu immer neuen Handlungen mißbraucht haben [315]. Auch NASS schätzt, daß man die meisten bekanntgewordenen Fälle noch um ein mehrfaches multiplizieren müsse, um die Zahl der in Wirklichkeit betroffenen Kinder zu erhalten [316].

Selbst wenn man diese Zahlen als etwas zu hoch ansieht, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß im Regelfall der Täter zur Wiederholung seiner Handlung neigt. Das Beispiel der beharrlichen Wiederholung ist deshalb als "besonders schwerer Fall" nicht zu verwenden, da es den Regelfall der Unzucht mit Kindern bildet. Zu den dogmatischen Bedenken, die einmal gegen den Übergang von der Gefängnis- zur Zuchthausstrafe sprechen, zum anderen die Ausgestaltung dieses Merkmals im Hinblick auf § 62 des Entwurfs betreffen [317], kommen also noch kriminologische Erwägungen, welche die Streichung dieses "besonders schweren Falles" verlangen.

5. Unterschlagung, § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962

Auch bei dem "besonders schweren Fall" der Unterschlagung anvertrauter Sachen könnte man auf den ersten Blick Zweifel hinsichtlich der kriminologisch richtigen Verwendung dieses Merkmals hegen, da die Unterschlagung anvertrau-

---

313) Vgl. oben S. 124, insbesondere Anm. 295)

314) ASCHAFFENBURG, MonKrim 2, 399 (411); GIPKENS, Unzucht mit Kindern S. 148; NASS, MonKRIM 37, 69 (71); ALBERT WEGNER, Sittlichkeitsdelikte an Kindern S. 25; vgl. auch HOß S. 5 ff.

315) S. 25

316) S. 71. NASS nimmt an, daß von den bei ihm erwähnten 211 Sittlichkeitsverbrechern mindestens 800 Kinder verführt worden seien.

317) Vgl. oben S. 58 ff. und S. 97

ter Sachen ohne Zweifel den Hauptfall der Unterschlagung darstellt [318]. Da dieser Gesichtspunkt auch bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission auftauchte, ergänzte man den bloßen Fall der Veruntreuung durch das zusätzliche Merkmal einer besonderen Täuschungshandlung. Dadurch wird aber wieder ein kriminologisch richtiges Verhältnis hergestellt, da sich dieser Fall genügend vom Normalfall des Delikts unterscheidet. § 240 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 des Entwurfs kann also vom kriminologischen Standpunkt aus hingenommen werden.

6. Schwerer Wucher, § 266 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Entwurf 1962

Anders verhält es sich dagegen wieder mit dem "besonders schweren Fall" der "gewerbsmäßigen" Begehung des Wuchers.

Die Amtliche Begründung spricht selbst von der "häufigen ... Erscheinungsform des gewerbsmäßigen Handelns" [320] beim Wucher. Der gewerbsmäßige Wucher kann, nicht zuletzt auf Grund der weiten Auslegung des Begriffs "gewerbsmäßig" [321] als Normalfall des Wuchers angesehen werden [322]. Schon ALSBERG hat darauf hingewiesen, daß die gewerbsmäßige Begehung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts so weit ausgedehnt worden sei, daß bei Geschäftsleuten, die zu den Haupttätern dieses Delikts gehören, der nicht gewerbsmäßige Wucher geradezu eine Ausnahme darstelle [323].

Auch mit der Statistik der in Deutschland rechtskräftig wegen dieser Delikte Verurteilten läßt sich nachweisen, daß der gewerbsmäßige Wucher den Hauptfall des Delikts bildet, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß nach geltendem Recht der Sachwucher nur bei gewerbsmäßiger Begehung strafbar ist (§ 302 e StGB).

> Während nach der Reichskriminalstatistik der Jahre 1934 bis 1936 nach den §§ 302 a bis c StGB 41 Personen rechtskräftig verurteilt wurden, gab es nach den §§ 302 d und e StGB (gewerbsmäßiger Kredit- und Sachwucher) doppelt soviel (82) Verurteilungen. Ein ähnliches, wenn auch nicht ganz so eindeuti-

318) HOLZAPFEL S. 79; WILKERLING, Niederschriften Bd. VI S. 61

319) FRITZ, Niederschriften Bd. VI S. 64; SCHAFHEUTLE, Niederschriften Bd. VI S. 64; WILKERLING, Niederschriften Bd. VI S. 61

320) S. 440 zu § 266

321) Vgl. oben S. 68, 70

322) ALSBERG, Preistreibereistrafrecht S. 308 Anm. 62; DEHNEL, Kreditwucher S. 68; ebenso der Staatssekretär des Reichsjustizamtes HANAUER, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, VIII. Legislaturperiode, II. Session 1892/ 93, Bd. I S. 649 B

323) S. 308 Anm. 62

ges Bild zeigt auch die Statistik der Bundesrepublik Deutschland, die allerdings die §§ 301 und 302 StGB gemeinsam mit den §§ 302 a bis c StGB ausgewertet hat, also für die hier interessierende Frage keinen eindeutigen Maßstab abgeben kann. In den Jahren 1954 bis 1962 wurden nach den §§ 301 bis 302 c insgesamt 184 Personen rechtskräftig verurteilt, während es nach den §§ 302 d und 302 e 154 waren. Dabei verdient aber die Tatsache hervorgehoben zu werden, daß gerade in den letzten beiden statistisch erfaßten Jahren, 1961 und 1962, die Verurteilungen nach den §§ 302 d und e zurückgeblieben sind (46 gegenüber 53).

Die Ausführungen und Ergebnisse zeigen, daß die Gewerbsmäßigkeit beim Wucher keinesfalls ein gegenüber dem Normalfall besonders herausragendes Merkmal ist, das seine Ausgestaltung als Regelbeispiel rechtfertigt.

7. Schwerer Bankrott, § 272 Satz 2, Nr. 1, 1. Alternative Entwurf 1962

Ein weiteres Beispiel in dieser Reihe ist das "Handeln in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit", das einen "besonders schweren Fall" des Bankrotts bildet, obwohl bereits die vorsätzliche Gefährdung der Befriedigung von Gläubigern zum Grundtatbestand gehört.

Nach der Amtlichen Begründung ist die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im wesentlichen gleichbedeutend mit dem bestimmten Wissen des Täters um den Zusammenbruch seines Unternehmens [324]. ELSE KOFFKA hat darauf hingewiesen, daß der Vorsatz der Gläubigergefährdung die Kenntnis von der drohenden Zahlungseinstellung voraussetze [325]. Sie macht darauf aufmerksam, daß in der Praxis die Absicht der Gläubigerbenachteiligung in § 239 KO regelmäßig mit der Feststellung begründet werde, daß der Täter wußte, er werde seine Gläubiger nicht mehr befriedigen können [326]. Auch HINRICHS hat auf der Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes im Jahre 1957 über die Bekämpfung der Wirtschaftsdelikte die Feststellung getroffen, daß die Gemeinschuldner ihre Zahlungsunfähigkeit in der Regel schnell bemerken und sich darüber selten täuschen [327]. In die gleiche Richtung weist auch die Äußerung LACKNERS, daß vorsätzliche Gläubigergefährdung und Kenntnis von der Zahlungseinstellung, die der Zahlungsunfähigkeit zeitlich sogar noch nachfolgt, regelmäßig zusammen-

---

324) S. 448 zu § 272

325) Niederschriften Bd. VIII S. 84, 90; ebenso FRITZ, Niederschriften Bd. VIII S. 84; KRILLE, Niederschriften Bd. VIII S. 84 f

326) Niederschriften Bd. VIII S. 90

327) S. 36

fielen [328]. Deshalb wird umso eher die Kenntnis von der bloßen Zahlungsunfähigkeit normalerweise mit dem Vorsatz der Gläubigergefährdung zugleich gegeben sein. Das gilt ohne Zweifel für die zahlreichen Fälle, in denen die Bankrotthandlungen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung vorgenommen werden.

Beim schweren Bankrott des § 272 Satz 2 Nr. 1, 1. Alternative ist zu bemängeln, daß das Beispiel der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit den Normallfall des Grunddelikts darstellt. Daß möglicherweise Schwierigkeiten beim Nachweis der Kenntnis entstehen können [329], darf die Systematik des Gesetzes nicht beeinflussen, zumal der Vorsatz der Gläubigergefährdung nicht wesentlich leichter nachzuweisen sein wird.

8. Schwere Jagdwilderei, § 277 Satz 2 Nr. 6 Entwurf 1962

Die gemeinschaftliche Jagdwilderei von Tätern, von denen mindestens einer mit einer Schußwaffe ausgerüstet ist, im Entwurf 1962 als "besonders schwerer Fall" geregelt, stellt eine der Hauptformen der Wilderei dar. Kriminologische Untersuchungen zu den Jagddelikten kommen zu dem Ergebnis, daß der Wilddieb selten allein dem Wilde nachstellt, sondern meist mit einem Komplizen zusammen vorgeht [330]. ENGLER weist nach, daß nur 30 % der Täter allein gewildert haben [331]. In der Mehrzahl der Fälle handeln die Täter gemeinsam, und zwar in der Weise, daß einer von ihnen eine Schußwaffe bei sich trägt [332].

Der Entwurf hat also auch bei der Jagdwilderei einen der besonders häufig vorkommenden Fälle zum "besonders schweren Fall" gemacht.

---

328) Niederschrift über die Zwischentagung der III. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission vom 11. bis 13. März 1957, S. 10

329) Hierauf weisen - allerdings in Zusammenhang mit der Kenntnis der Zahlungseinstellung - hin: BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Neuordnung des Konkursstrafrechts S. 254; DÜNNEBIER, Niederschriften Bd. VIII S. 84; FRÄNKEL, Niederschriften Bd. VIII S. 84

330) BRAUN, Jagd- und Forstdelikte, S. 12 f.;
ENGLER, Forst- und Jagddelikte, S. 25

331) S. 26; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt BRAUN, S. 12: Von 34 Tätern haben nur 12 allein, die anderen gemeinsam zu zweit gewildert.

332) BRAUN S. 13; ENGLER S. 25

9. Mißbrauch ionisierender Strahlen, § 324 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 338 Abs. 1 Nr. 2 Entwurf 1962

Der Entwurf sieht es als einen "besonders schweren Fall" des Mißbrauchs ionisierender Strahlen gegenüber einer unübersehbaren Zahl von Menschen an, wenn der Täter in der Absicht handelt, in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen, § 324 Abs. 3 i.V.m. § 338 Abs. 1 Nr. 2. Wenn jemand eine unübersehbare Menschenmenge durch ionisierende Strahlung absichtlich in der Gesundheit schädigen will, wird er dies in der Regel auch tun, um in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen. Dieses Delikt - ohnehin nur zugeschnitten auf den Typ eines Dr. Mabuse - wird kaum jemals zur Aburteilung kommen. Wenn es aber einmal praktisch werden sollte, so ist es kaum vorstellbar, daß ein Täter, der eine unübersehbare Menschenmenge absichtlich gesundheitlich schädigen will, dies nicht tut, um die Bevölkerung in Angst oder Schrecken zu versetzen. Daß es ihm daneben noch auf andere Ziele ankommt, ist sicher zuzugeben, schließt aber die zugleich vorhandene Absicht der Erregung von Angst oder Schrecken keinesfalls aus.

10. Schwere Meuterei, § 424 Satz 2 Nr. 3 Entwurf 1962

Bei der Gefangenenmeuterei könnte die Tatsache Bedenken erwecken, daß "ein besonders schwerer Fall" anzunehmen sein soll, wenn der Täter selbst Gewalt gegen einen anderen anwendet oder ihn tätlich angreift, § 424 Satz 2 Nr. 3.

Zweifel an der Geeignetheit dieses Regelbeispiels könnten sich auf die Auslegung des § 122 Abs. 3 StGB gründen, der inhaltlich etwa dem § 424 Satz 2 Nr. 3 Entwurf 1962 entspricht [333].

Die Rechtsprechung hatte ursprünglich § 122 Abs. 3 StGB nur angewendet, wenn der Meuterer eigenhändig Gewalttätigkeiten gegen Aufsichtspersonen verübt hatte [334].

Zur Begründung dieser Auffassung berief man sich darauf, daß es in der Regel schon zur Täterschaft der 1. Alternative des § 122 Abs. 1 StGB gehört,

---

333) Vgl. die Amtliche Begründung S. 610 zu § 424

334) Vgl. RG 69, 289, das seine Ansicht insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung stützt; ebenso BGH 5, 344 (345 f.); 9, 119 hinsichtlich der Beihilfe zu § 122 Abs. 3 StGB.

daß die Gefangenen, die zusammengerottet mit vereinten Kräften die Beamten angreifen, hierbei als Mittäter handeln. Wenn aber § 47 StGB auf § 122 Abs. 3 StGB anzuwenden wäre, müßte jeder Mittäter einer derartigen Meuterei nach dieser Bestimmung bestraft werden, wenn es zu Gewalttätigkeiten gekommen sei. Eine solche Lösung könne aber weder dem Sinn noch der Entstehungsgeschichte des § 122 Abs. 3 entsprechen [335].

Nachdem dann der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs [336] von diesen Grundsätzen im Hinblick auf die durch einen Mittäter nach § 122 Abs. 1 StGB begangene Anstiftung zu § 122 Abs. 3 StGB abgewichen war, hat der 5. Strafsenat das Erfordernis einer eigenhändigen Gewalttätigkeit bei § 122 Abs. 3 StGB ausdrücklich aufgegeben [337]. Der Bundesgerichtshof hat in dieser letzten zu § 122 Abs. 3 StGB veröffentlichten Entscheidung ausgesprochen, daß ein meuternder Gefangener, der keine eigenhändige Gewalttat begeht, aber mit einem anderen Meuterer bei dessen körperlichem Angriff auf einen Anstaltsbeamten so eng zusammenwirke, daß er sich die Gewaltanwendung als eigene Tat zurechnen lassen müsse, nach § 122 Abs. 3 StGB strafbar sei [338].

Diese Entscheidung ist im Schrifttum teilweise abgelehnt worden [339], insbesondere von SCHMITT mit der Begründung, die mehreren Meuterern seien in aller Regel Mittäter im Sinne des § 47 StGB; bei Anwendung dieser Vorschrift müßte die Bestrafung in den meisten Fällen aus § 122 Abs. 3 StGB erfolgen, und § 122 Abs. 1 StGB hätte daneben kaum noch einen Anwendungsbereich [340].

Es ist sicher richtig, daß die Anwendung des § 47 auf § 122 Abs. 3 den Abs. 1 dieser Vorschrift auf wenige Fälle beschränken würde. Eine so weitgehende Folgerung hat der 5. Strafsenat jedoch nicht gezogen, da seine Entscheidung sich nur auf einen Meuterer bezog, der mit dem die Gewalttätigkeit persönlich verübenden Mitgefangenen so eng zusammenwirkte, daß er sich die Gewaltanwendung als eigene zurechnen lassen mußte.

Auch wenn man die gegenüber der uneingeschränkten Verwendung des § 47 bei § 122 Abs. 3 engere Auffassung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt, wird der Anwendungsbereich des § 122 Abs. 3 damit gegenüber Abs. 1 dieser Vorschrift er-

335) Insbesondere RG 69, 289 (294 f.)
336) BGH 8, 294
337) BGH 12, 129
338) BGH 12, 129
339) MAURACH, BT S. 618 f.; SCHMITT JuS 1961, 25; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 122 Rdn. 11; WELZEL S. 433; zweifelnd SCHWARZ-DREHER § 122 Anm. 5; zustimmend dagegen MEZGER-BLEI, BT S. 275
340) JuS 1961, 25

heblich erweitert. Gefangene, die mit vereinten Kräften einen Anstaltsbeamten angreifen, werden in der Mehrzahl der Fälle selbst Gewalt gegen diesen anwenden oder sich gemäß der oben erwähnten Rechtsprechung die Gewalttätigkeit der anderen Meuterer zurechnen lassen müssen.

Wenn also § 424 Satz 2 Nr. 3 im wesentlichen wie § 122 Abs. 3 auszulegen wäre, wie es auch der Vorstellung der Amtlichen Begründung entspricht [341], so beständen Zweifel an der Eignung dieses Merkmals zur Ausgestaltung eines "besonders schweren Falles", da diese Begehungsart die überwiegende Erscheinungsform der Gefangenenmeuterei darstellt.

Ein Gesichtspunkt jedoch, auf den die Amtliche Begründung zu § 424 Satz 2 Nr. 3 nicht hingewiesen hat, kann diese Zweifel ausräumen: Der Wortlaut des "besonders schweren Falles" verlangt ausdrücklich, daß der Meuterer "selbst" Gewalt anwendet oder tätlich angreift. Mit dieser Fassung ist aber die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die auf eigenhändige Begehung unter gewissen Umständen verzichtet, nicht mehr zu vereinbaren. Die Formulierung des Entwurfs stellt im Unterschied zum geltenden Recht klar, daß die schwere Meuterei eine eigenhändige Gewalttätigkeit erfordert. Es ist kaum anzunehmen, daß die Rechtsprechung, sollte der Entwurf Gesetz werden, trotz des Wortlauts des § 424 Satz 2 Nr. 3 (wenn der Täter selbst Gewalt anwendet oder tätlich angreift) an den zu § 122 Abs. 3 StGB entwickelten Grundsätzen festhält. Der "besonders schwere Fall" des § 424 Satz 2 Nr. 3 wird somit gegenüber dem § 423 eine - wenn auch vielleicht nicht gerade verschwindend geringe - Ausnahme darstellen.

Kriminologische Bedenken gegen das Regelbeispiel des § 424 Satz 2 Nr. 3 ergeben sich deshalb nicht.

11. Bruch des Steuergeheimnisses § 473 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 474 Abs. 2, 2. Alternative Entwurf 1962

Die Verwertung eines fremden Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses durch einen Amtsträger, dem dieses Geheimnis auf Grund eines Steuerverfahrens bekanntgeworden ist, in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern, § 473 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 474 Abs. 2, 2. Alternative, befriedigt ebenfalls nicht in der Abstufung zwischen Grundtatbestand und "besonders schwerem Fall". Wenn ein fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis durch einen Amtsträger verwertet wird, dann doch regelmäßig in Bereicherungsabsicht. Selbst wenn der Täter nicht sich selbst bereichern will, so zumindest einen anderen, und zwar denjeni-

341) Vgl. oben S. 131 Anm. 333)

gen, dem er das Geheimnis verrät. Die Verwertung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen ohne Bereicherungsabsicht ist schlecht vorstellbar.

So spricht auch die Amtliche Begründung zu § 474 Abs. 2 von den "besonders schweren Fällen" dieser Vorschrift als den "typischen Fällen", die jede der in Betracht kommenden Tathandlungen als besonders verwerflich erscheinen lassen [342].

Ebenso wird sehr häufig ein Handeln gegen Entgelt geschehen, so daß die "besonders schweren Fälle" des § 474 Abs. 2 zumindest für § 473 Abs. 1 Nr. 3 den Normalfall bilden werden und aus diesem Grunde nicht als "besonders schwere Fälle" geregelt werden sollten.

B. DIE NOTWENDIGKEIT EINER NEUREGELUNG DERARTIGER FÄLLE

Die Untersuchung hat also ergeben, daß einige Regelbeispiele zur Charakterisierung "besonders schwerer Fälle" ungeeignet sind, da sie sich vom Normalfall nicht genügend unterscheiden. Der Entwurf sollte deshalb auf diese Fälle verzichten, um die theoretischen und praktischen Unzulänglichkeiten dieser Regelung zu vermeiden.

Theoretisch stehen diese Beispiele im Widerspruch zur Grundauffassung des Entwurfs, nach der die "besonders schweren Fälle" einer höheren Wertgruppe angehören und sich vom Durchschnittsfall deutlich abheben sollen [343]. Dieses ohne Zweifel zu billigende Postulat, im Allgemeinen Teil des Entwurfs aufgestellt, ist bei der Fassung einiger Regelbeispiele im Besonderen Teil nicht beachtet worden.

Dadurch würden sich auch für die Praxis Mißstände ergeben, da der Richter einerseits beim Vorliegen der Merkmale eines Regelbeispiels grundsätzlich einen "besonders schweren Fall" annehmen soll, andererseits durch die Häufigkeit der "besonders schweren Fälle" des betreffenden Delikts die Grundstrafdrohung auf die geringere Anzahl der Fälle beschränkt bliebe. Die Regel wäre dann bei diesen Tatbeständen zur Ausnahme geworden. Bei der allgemein festzustellenden Neigung der Gerichte zur Milde ist aber nicht anzunehmen, daß der Richter in der Mehrzahl der Fälle den Strafrahmen des "besonders schweren Falles" anwendet; vielmehr wird er zumeist über den Weg des § 62 trotz Vorhandenseins der Merkmale des Regelbeispiels einen "besonders schweren Fall" verneinen, obwohl nach dem Willen des Entwurfs bei einer derartigen Sachlage grundsätzlich von einer Erhöhung von Unrecht und Schuld auszugehen ist [344]. Es liegt auf der Hand, daß dieses Ergebnis

342) S. 668
343) Amtliche Begründung S. 184 zu § 62
344) Amtliche Begründung S. 185 zu § 62

nicht der Konzeption des Entwurfs entspricht. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, die hier erörterten "besonders schweren Fälle", die den Regelfall des betreffenden Delikts bilden, wegfallen zu lassen.

VII. KONSEQUENZEN DER BISHER ERHOBENEN BEDENKEN UND ABSCHLIEßENDE WÜRDIGUNG

1.

Zählt man die Gesichtspunkte zusammen, die gegen die Ausgestaltung zahlreicher "besonders schwerer Fälle" sprechen, so fallen bei verschiedenen Tatbeständen diese Fälle völlig weg, bei anderen werden die Beispiel verringert. Da der Entwurf 1962 die in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission zum Ausdruck gekommene Ansicht vertritt, daß jeder "besonders schwere Fall" mindestens durch zwei Beispiele erläutert werden muß, würden zahlreiche "besonders schwere Fälle" auch deshalb aufzulösen sein, weil verschiedentlich nur noch ein Regelbeispiel übrigbliebe.

Völlig zu beseitigen wären die "besonders schweren Fälle" bei fahrlässiger Tötung, schwerer Notzucht und Schändung, §§ 138, 205 und 207 Entwurf 1962, da jedes einzelne Beispiel bei diesen Tatbeständen Bedenken hervorruft [345].

Zur nächsten Gruppe gehören diejenigen "besonders schweren Fälle", bei denen lediglich ein Beispiel übrigbliebe. Dazu gehören Aussetzung, § 139, Mißhandlung Wehrloser oder Abhängiger, § 154, Muntbruch, § 196, schwerer Bankrott, § 272, Schuldnerbegünstigung, § 275, einige Landesverratsbestimmungen, §§ 383, 389, 391 und Wehrmittelsabotage, § 413 [346]. Da bei diesen Tat-

345) § 138: Nr. 1 (Leichtfertigkeit) vgl. oben S. 85 und 94; Nr. 2 (Tod vieler Menschen) oben S. 85 und 98.
§ 205: 1. Alternative (Herbeiführung der Todesgefahr) oben S. 72 ff.; 2. Alternative (vorsätzliche oder leichtfertige Schädigung im Sinne des § 147 Abs. 2) oben S. 75 f. Für § 207 ergibt sich auf Grund der Verweisung auf § 205 (§ 207 Abs. 3) dasselbe.

346) § 139: Nr. 1 (Begehung an einem Kinde) oben S. 121 f.; § 154: Nr. 1 (Kind unter sieben Jahren) Oben S. 123; Nr. 2 (Beharrliche Wiederholung) oben S. 97 und 127; Nr. 3 (Schwere Körper- oder Gesundheitsbeschädigung) oben S. 116 ff.; § 196: ;. Alternative (Gewinnsucht) oben S. 91 ff.; § 272: Nr. 1, 1. Alternative (Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit) oben S. 129 f., Nr. 1, 2. Alternative (Geweinnsucht) oben S. 91 ff.; § 275: Nr. 1 (Gewinnsucht) oben S. 91 ff.; § 383: Nr. 2 (Berufsmäßigkeit) oben S. 63 ff.; Nr. 3 (Nachteilsgefahr) oben S. 118 f.; § 391: Nr. 1 (Habgier) oben S. 93 f.; § 413: Nr. 1 (Gewinnsucht) oben S. 91 ff.; Nr. 3 (Nachteilszufügung) oben S. 119

beständen lediglich ein Beispiel übrigbliebe, dies aber der Grundkonzeption des Entwurfs nicht entspricht, müssen auch bei diesen Delikten die "besonders schweren Fälle" in ihrer jetzigen Fassung entfallen.

Bei einer großen Anzahl weiterer Tatbestände würden dagegen die "besonders schweren Fälle" bestehenbleiben können, allerdings um ein oder mehrere Beispiele vermindert.

Außerdem wäre bei der schweren Fischwilderei, § 280, die Grundstrafdrohung heraufzusetzen, da sie mit der Mindestgefängnisstrafe der einfachen Fischwilderei, § 279, übereinstimmt [347].

2.

Es zeigt sich also, daß bei zahlreichen Delikten die jetzigen "besonders schweren Fälle" wegfallen müßten und ein weiterer großer Teil der Regelbeispiele bei anderen Tatbeständen erheblich zu verringern wäre, falls sich nicht neue geeignete Beispiele finden lassen. Das Herausarbeiten anderer Fälle dürfte jedoch einige Schwierigkeiten bereiten, da es bei zahlreichen Delikten kaum möglich sein wird, allen Anforderungen gerecht werdende Merkmale aufzustellen.

Es wurde anfangs [348] darauf hingewiesen, daß die Grundkonzeption des Entwurfs 1962, die "besonders schweren Fälle" durch Beispiele zu erläutern und dem Richter trotz erheblicher Freiheit an bestimmtes Maß an Bindung zu geben, durchaus zu billigen ist. Auf diese Weise werden einerseits die Nachteile starrer Kasuistik, andererseits die uferlose Ausdehnung des richterlichen Ermessens durch unbenannte "besonders schwere Fälle" vermieden.

So einleuchtend diese Regelung auch ist, so schwer scheint ihre praktische Ausgestaltung zu sein. Auf verschiedene Bedenken ist im Laufe der Untersuchung hingewiesen worden. Angefangen bei teilweise systematischen Unzulänglichkeiten zwischen "besonders schweren Fällen" und Qualifikationstatbeständen durch die Verwendung gleicher Merkmale, dann die fehlende Kongruenz zwischen einzelnen Regelbeispielen und § 62, die insbesondere beim schweren Diebstahl des § 236 Satz 2 Nr. 1 entstehenden Probleme bis hin zu kriminologischen Mängeln im Verhältnis der Regelbeispiele zum Normalfall - um nur die wichtigsten Gesichtspunkte anzuführen - lassen sich zahlreiche kritische Punkte nicht übersehen, die eine nochmalige Überarbeitung der "besonders schweren Fälle" notwendig machen.

Der Gesetzgeber sollte davon Abstand nehmen, eine in ihren Ansätzen gute Konstruktion dadurch in falsche Bahnen zu lenken, daß er sie auf zu viele Fälle an-

347) Vgl. oben S. 35 f

348) Vgl. oben S. 46 ff., insbesondere S. 60 f.

wendet. Bei Tatbeständen, für die sich keine geeigneten Regelbeispiele finden lassen, sollte sich der Gesetzgeber nicht krampfhaft um die Aufstellung irgendwelcher Merkmale bemühen, die dem Richter im Ergebnis doch keinen Anhaltspunkt geben. Ein Übermaß an "besonders schweren Fällen" gleichsam als Bestätigung einer für richtig gehaltenen gesetzgeberischen Grundhaltung kann nicht vorteilhaft sein. Güte und Wirksamkeit einer Konzeption zeigen sich in der Qualität, nicht in der Quantität der Regelung. Daran fehlt es jedoch teilweise bei den "besonders schweren Fällen", wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß die 1954 begonnenen Reformarbeiten gerade bei diesen Fällen eine grundsätzliche Neuregelung angestrebt haben und sich nur in sehr geringem Umfang auf Vorarbeiten früherer Entwürfe stützen konnten. So ist es vielleicht erklärlich, daß man sich im Eifer der Neulandgewinnung zu weit nach vorn gewagt hat, ohne das Erreichte genügend abzusichern. Ein Weniger an gesetzlicher Ausformung, aber ein Mehr an Genauigkeit sollte die Grundlage einer erneuten Überprüfung der "besonders schweren Fälle" sein.

LEBENSLAUF

Am 1. Juni 1937 wurde ich als Sohn des Werkmeisters Kurt Milletat und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Radde, in Berlin geboren. Nach der Volksschule besuchte ich die Humboldtschule in Berlin-Tegel bis zur Ablegung der Reifeprüfung. Danach begann ich im Sommersemester 1957 mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Im Januar 1962 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin ab.

Am 2. Mai 1962 wurde ich als Referendar im Bezirk des Kammergerichts eingestellt. Seit April 1962 bin ich als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl für Strafrecht bei Herrn Professor Dr. Hermann Blei tätig.

G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei, 8 München 8, Zeppelinstr. 79, Tel. 458195